



Complex nr. 8/2008

Jens Petter Berg

**RETT OG RIMELIGHET I MORALSK BELYSNING
– og andre grunnproblemer i norsk rettsliv**

Senter for rettsinformatikk/Avdeling for forvaltningsinformatikk
Postboks 6706 St Olavs plass
0130 Oslo







Henvendelser om denne boken kan gjøres til:

Senter for rettsinformatikk
Postboks 6706 St. Olavs plass
0130 Oslo
Tlf. 22 85 01 01
www.jus.uio.no/iri/

ISBN 978-82-7226-117-6
ISSN 0806-1912

Utgitt i 2008 i samarbeid med Unipub AS
Denne boken inngår i universitets- og høyskolerådets skriftserie
Trykk: e-dit AiT AS
Omslagsdesign Kitty Ensby
Omslagsillustrasjon: Andreas Galtung

Senter for rettsinformatikks utgivelser i skriftserien Complex er støttet av:
Advokatfirmaet Selmer DA
Wikborg Rein & Co
Lovdata



Forord

Denne boka er i all hovedsak identisk med avhandlingen «Vitenskapsteoretiske og moralfilosofiske grunnproblemer i en postrettsrealistisk norsk rettsvitenskap», som jeg forsvarte for doctor juris-graden på Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, 10. og 11. juni 2008. Bortsett fra tittelendringen, framstår boka i vesentlig samme skikkelse som disputasutgaven, dvs á jour med norske rettsavgjørelser og norsk allment rettsteoretisk litteratur per 30.6.2007, jf kapittel 1 avsnitt 1.2.2 nedenfor. Jeg har imidlertid ajourført drøftelsene i kapittel 2 avsnitt 3.2.2(3.4) av kriteriet «sterke menneskelige hensyn» i utlendingsretten på bakgrunn av dommen i Rt 2008 s 681. Og videre har jeg ajourført drøftelsen i kapittel 3 avsnitt 3.3.1(9.1) av klarhetsdoktrinens status på det menneskerettslige feltet på bakgrunn av kjennelsen i Rt 2008 s 513. For øvrig har jeg foretatt en ny og grundig språkvask, strøket eller tilføyd en og annen fotnote og korrigert eller tilføyd enkelte henvisninger.

Jeg anbefaler bokas kapittel 1 lest først. For øvrig er det ingen nødvendig sammenheng mellom de fire grunnantakelsene (hypotesene) som formuleres, begrunnes og forsvares i boka, to vitenskapsteoretiske grunnantakelser i kapittel 2 og to moralfilosofiske grunnantakelser i kapittel 3. Disse to kapitlene kan følgelig leses uavhengig av hverandre. I disse kapitlene kan henholdsvis avsnitt 2.2 og 2.3 og avsnitt 3.2 og 3.3 leses uavhengig av hverandre. Problemstillingsavsnittene 2.1 eller 3.1 anbefales uansett lest før man begir seg i kast med én eller flere av de respektive grunnantakelsene.

8. desember 2008 JPB (e-post: j.p.berg@jus.uio.no)

Forord til disputasutgaven av denne boka*

Det rettfærdige formålet er rettens skaper.
Rudolf von Jhering / Wolfgang Fikentscher**

I våre dager må vi lære å frykte de lovlydige mer enn lovbyrterne.
Dwight Macdonald / Zygmunt Bauman***

Denne doktoravhandlingen har tatt form som et deltidsprosjekt fra tidlig på 1990-tallet. Etter å ha hatt forskjellige stillinger på Oslo likningskontor fra 1985 fikk jeg i 1992 stipendmidler fra Nordisk skattevitenskapelig forskningsråd og min arbeidsgiver for å bruke åtte månedsverk på et personvernprosjekt i tilknytning til datastøttet selvangivelsesbehandling i ligningsforvaltningen. Frederik Zimmer var den faglige, og Jon Bing den praktiske, døråpneren til Akademia med dette prosjektet, henholdsvis som veileder og biveileder. Etter kort tid ble aspirasjonene om å skrive en doktoravhandling vekket. Jeg lyktes med å skaffe meg fire månedsverk ytterligere finansiering fra ovennevnte kilder, og ble fra 1994 tatt opp som sjølfinsierende forsker på doktorgradsprogrammet til Det juridiske fakultet i Oslo. Doktorgradsprosjekttemaet var personvernutfordringer i ligningsforvaltningen. Zimmer og Bing var henholdsvis veileder og biveileder.

I motsetning til det som har vært, og fortsatt er, den helt overveiende avlønningsordningen for arbeid med doktorgradsprosjekter, nemlig å ha full årslønn sammenhengende i tre år uten undervisningsplikt, eller i fire år med 25 % undervisningsplikt, har jeg bare i mindre utstrekning lyktes med å få avlønning for arbeidet med doktorgradsavhandlingen. Tidlig i 1995 var jeg riktignok nær ved å få en fireårig universitetsstipendiatstilling på Det juridiske fakultet. Jeg var blitt enstemmig innstilt som nr 1 til stillingen i en situasjon hvor jeg hadde vært på doktorgradsprogrammet i vel ett år, og hadde på dette tidspunkt 15 års fartstid som jurist i varierende stillinger. Søker nr 2 var en sisteårsstudent som ikke hadde bedre eksamenskarakterer enn meg. Men et benkeforslag i fakultetsstyret fra en av professorene på ansettelse av søker nr 2, som var kvinne, for å rette opp kjønnsbalansen blant

* Tilføyd etter offentliggjøring av bedømmelseskomiteens innstilling 7.5.2008.

** «Der gerechte Recht ist der Schöpfer des Rechts.» Sammenfatning av den seine Rudolf von Jherings tobindsverk *Der Zweck im Recht* (1887–93), gitt av Wolfgang Fikentscher i *Methoden des Rechts : in vergleichender Darstellung*, bind III s 276. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1976, ISBN 3-16-637632-1. Kan leses som motto for avhandlingens kapittel 3.

*** «[W]e must now fear the person who obeys the law more than the one who brakes it.» Uttalelse av-gitt «[n]ot yet fully recovered from the shocking truth of the Holocaust», og gjengitt som åpningsordene i kapitlet «The Ethics of Obedience» i Zygmunt Bauman: *Modernity and the Holocaust*, s 151 første avsnitt. New York: Cornell University Press, 1996, ISBN 0-8014-8032-9. Her sitert etter Peter Normann Waages oversettelse i Dagbladet 15.3.1998. Kan leses som supplerende motto for avhandlingens kapittel 3.

stipendiatene, ble med støtte fra studentene og de ikke-vitenskapelige ansatte vedtatt med stemmetallet 5–4. Etter min mening en usaklig forbigåelse, som jeg likevel valgte ikke å bringe inn for Sivilombudsmannen. I det påfølgende styremøtet ble det besluttet å gi meg to måneder stipendiatlønn (i 80 % stilling) som plaster på såret.

Etter dette bestemte jeg meg for ikke å gjøre flere forsøk på å få finansiert mitt doktorgradsprosjekt fra Det juridiske fakultet. Til gjengjeld fikk jeg innvilget stipendfinansiering fra Norges forskningsråd for hele 1996 med 80 % av full stillingsbrøk (én dag i uka jobbet jeg fortsatt som rådgiver ved Oslo likningskontor). Fra 1997 og til jeg leverte denne avhandlingen for bedømmelse 1.11.2007 har jeg klart meg helt uten finansiell støtte til min forskning.

En positiv effekt av denne finansieringssituasjonen er at jeg har kunnet nyttiggjøre meg den akademiske friheten i langt større utstrekning enn ansatte stipendiater på normalarbeidskontrakt. En annen positiv effekt av denne situasjonen er at jeg gjennom annet juristarbeid enn forskning, sensurarbeid og studentveiledning – dvs som rådgiver i deltidsstilling på Oslo likningskontor ut 1997 og som praktiserende advokat i egen virksomhet siden 2001 – har mottatt verdifulle impulser fra den praktiserte jussvirkeligheten. Noen ruvende formue å finansiere forskning med har jeg imidlertid ikke hatt. Foruten en beskjeden arbeids- og virksomhetsinntekt har forskningsmidlene først og fremst bestått av arveforskudd og arv fra mine foreldre.

Blant enkeltfaktorene som har bidratt til fullføringen av dette doktorgradsprosjektet vil jeg framheve rollen til Jon Bing på Institutt for rettsinformatikk (IRI). Han stilte i 1992 raust kontorplass med tilhørende pc-fasiliteter samt nærhet til bibliotekressurser til rådighet for meg, uten å forlange finansielle gjenyteiser. Denne kontorplassen fikk jeg beholde uavkortet helt til IRI ble slukt av Institutt for privatrett i 2006, og redusert til en forskergruppe, Senter for rettsinformatikk (SERI) på dette instituttet. IRI kan i disse åra etter mitt syn hevdes å ha legemliggjort det institusjonelle idealet for vitenskapelige forskningsmiljøer som ble skissert i Grøholtutvalgets innstilling om etablering av Norges Forskningsråd, NOU 1991: 24 Organisering for helhet og mangfold:

«Vitenskapelig forskning skal være av prinsipielt nyskapende natur. ... Det er ikke nødvendigvis slik at virksomhet av denne type utvikles best i oversiktlige, funksjons-segregerte og strømlinjeformede organisasjoner der målene er klart definert i utgangspunktet. Tvert imot er et visst element av uryddighet og uoversiktighet ønskelig. Dette er normalt intet problem å oppnå, men det bør allikevel sies. Virkelig nyskapende virksomhet kan ikke være for strengt målstyrt. ...» (NOU 1991: 24 s 38 andre sp avsnitt 4.4.1.)

Videre vil jeg i et fullførelsesperspektiv framheve betydningen av den veiledningen som Frederik Zimmer ga meg i perioden 1992–97, de åra jeg hovedsakelig arbeidet med det opprinnelige temaet for en doktoravhandling,

personvernutfordringer i ligningsforvaltningen. Hans samvittighetsfullt utarbeidete, ekspeditte og klare tilbakemeldinger befordret min skriving både innholdsmessig og språklig, og fungerte slik som en verdifull læringsprosess for meg.

Takket være påvirkningen fra min IRI-kollega Henning Herrestad, som var sekretær i Norsk forening for rettsfilosofi, begynte jeg raskt å friske opp min interesse fra studietida på 1970-tallet for metodiske og allment retts-teoretiske aspekter ved rettsdogmatikken. Den gang hadde jeg valgt Juss-Buss som meningsskapende arena, og med interesse oppsøkt rettsfilosofiseminaret til Nils Kristian Sundby og Gert-Fredrik Malt. Og spesialfaget i rettsso-siologi under Thomas Mathiesens auspisier hadde gitt meg en myk over-gang fra min ml-pregete gymnasavslutning til en mer reflektert, post-marxistleninistisk søking etter jussens kritiske potensial.

Av sentral betydning for profilen på min forskning ble det at min IRI-kollega Andreas Galtung i 1993 fikk meg til å stille til valg sammen med ham til styret for Rettspolitisk Forening. Her overtok jeg fra 1994 redaktør-ansvaret for foreningens tidsskrift *Kritisk Juss*, og la i åra fram til 2002, med et avbrekk i 1995–96, da Øivind Østberg var redaktør, ned flere ube-talte årsverk på å løfte tidsskriftet opp til et akademisk nivå.

Den nyvakte rettsfilosofiinteressen i kombinasjon med impulsene fra *Kritisk Juss*-arbeidet fikk meg til å tilføye et metodekapittel til person-vernmanuskriptet, og dette kapitlet vokste med åra til å bli en liten avhand-ling i avhandlingen. I 2003, etter å ha levert det da halvferdige doktor-gradsmanuset til bedømmelse for en stilling som førsteamanuensis på fakultetet (som jeg ikke ble ansett kvalifisert for), bestemte jeg meg for å skille ut rettsteorien som en egen avhandling.

Resultatet av denne beslutningen foreligger med denne avhandlingen – riktignok etter et mellomspill med manuskriptet «Innledning til en konstitu-tiv kunnskapsteori om retten – og andre fragmenter til en post-eckhoffiansk juridisk argumentasjonsteori», innlevert til bedømmelse for doctor juris-graden 1.9.2005, som jeg fikk i retur våren 2006 med (etter en del om og men) tilbud om å levere et forbedret manus innen 30.4.2007 (noe jeg ikke lyktes med).

Faglig veiledning og inspirasjon til min forskning har jeg ikke bare fått fra de forannevnte forskerfellene. I 2006, etter at mitt første forsøk på å få godkjent en doktoravhandling hadde strandet, ga allerede nevnte Henning Herrestad, og dertil Vidar Halvorsen, Terje Einarsen og Jan Fridthjof Bernt, vesentlige impulser til mitt arbeid med omskrivingen av manuskriptet. Nyt-tige innspill mottok jeg også fra Christoffer C. Eriksen og Runar Torgersen. I 2007, det året denne avhandlingen i det alt vesentlige ble skrevet, er det først og fremst Tommy Tranvik, og dernest Tobias Mahler og Thomas Ol-sen, alle tre ved SERI, som har utøvet konstruktiv kritikk av ulike manus-versjoner. Og forskerfellene Aslak Syse, Alf Petter Høgberg, Lee A. Bygrave og Ken Uggerud har bidratt med vesentlige innspill i den siste fa-

sen av skrivearbeidet. Sist, men ikke minst, har Jon Bing frontet det nå godkjente arbeidet som oppnevnt veileder.

Jeg må også framheve mange fruktbare korridorkollokvier med (i alfabetisk rekkefølge) Kyrre Eggen, Andreas Galtung, Beate Jacobsen, Stephen K. Karanja, Christen Krogh, Peter Obutte, Knut Selmer, Dag Wiese Schar-tum, Olav Torvund samt en rekke studenter i IRI-miljøet opp gjennom åra.

Ellers har jeg mottatt et større antall lærerike innspill i tilknytning til egne, kortere fagartikler i den tida jeg har holdt på med avhandlingen, og dessuten har åra med redaksjonelt arbeid i *Kritisk Juss* gitt tallrike impulser, både faglig og personlig, fra arbeidet med kvalitetssikring av forsker-fellers manuskripter. En særskilt takk går til redaktørkollegene Øivind Øst-berg, Ken Uggerud og Henriette Sinding Aasen, og (i alfabetisk rekkefølge) redaksjonsmedlemmene Martin Blikra, Terje Einarsen, Marius Emberland, Jon Gauslaa, Arnhild Haugestad, Ann-Gøril Johansen (†), Halvor Kongs-havn, Kristin Robberstad, Ørnulf Rønnebak, Camilla Wohl Sem, Cecilie Schjættvet, Haakon Skaug, Bente (Mostad) Tjugum og Gislaug Øygarden.

Tusen takk alle sammen!

Ytterligere vil jeg takke bibliotekarene Anne Berit Lie, Per Christian Op-sahl, Karen Danbolt, Beate Heilemann og Anne Gunn Berge Bekken, som i nevnte rekkefølge har vært tilknyttet IRI/SERI i den tida jeg har arbeidet med avhandlingen. Uten et godt fungerende bibliotek, og dertil hørende bibliotekarer, stopper all forskning!

Det å skrive et doktorarbeid er ikke en påkjenning bare for doktoranden, men også for de nærmeste omgivelsene. Til sjuende og sist retter jeg derfor en inderlig takk til min samboer, Bettina Breidvik! Med hengivenhet og stridslyst har hun i stort og smått – også som kritisk leser – vært en avgjø-rende støttespiller hele veien fram til den dag da denne avhandlingen ble bedømt verdig til å forsvares for doctor juris-graden.

19. mai 2008 JPB

Innholdsoversikt

KAPITTEL 1. INNLEDNING – PROBLEMSTILLINGER, GRUNNANTAKELSER OG DEFINISJONER MV 1

1.1 Tema, problemstillinger og grunnantakelser	1
1.1.1 Temavalg og siktemål.....	1
1.1.2 Problemstillinger	4
1.1.3 Grunnantakelsene som pretendere å gi begrunnbare svar på mine problemstillinger.....	10
1.2 Avgrensninger mv	15
1.2.1 Hva jeg ikke tar opp.....	15
1.2.2 Avhandlingens ajourføringsstatus i forhold til høyesterettspraksis, allment rettsteoretisk litteratur mv	15
1.3 Begrepsdefinisjoner og klargjøring ellers av grunnleggende betegnelser	16
1.3.1 Innledning.....	16
1.3.2 Definisjon av begrepene ‘definisjon’, ‘normforeskrivende’ og ‘begrep’	22
1.3.3 Definisjon av ‘grunnantakelse’	25
1.3.4 Definisjon av ‘rettsvitenskap’	27
1.3.5 Hva jeg mener med «juridisk argumentasjonsteori».....	27
1.3.6 Om behovet for øvrige begrepsdefinisjoner	30
1.4 Terminologi- og tegnsetningsvalg.....	31
1.4.1 Regelverksnotasjon og -terminologi.....	31
1.4.2 Terminologivalg mv for øvrig	33

KAPITTEL 2. TO VITENSKAPSTEORETISKE GRUNNANTAKELSER35

2.1 Problemstilling.....	35
2.1.1 Generelt	35
2.1.2 Særskilt om berøringsflater mellom de vitenskapsteoretiske problemstillingene og forskningsetiske spørsmål	38
2.1.3 Individuell akademisk frihet som forutsetning for formulering av bl.a. vitenskapsteoretiske grunnantakelser.....	39
2.2 Grunnantakelse om den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning.....	41
2.2.1 Formulering og begrunnelse	41

2.2.2	Innplassering av grunnantakelsen i forhold til liknende synspunkter i norsk rettsvitenskap	53
2.2.3	Konfrontasjon	57
2.2.4	Samlende synspunkter	78
2.3	Grunnantakelse om det overordnede forskningsidealet for rettsvitenskapene.....	79
2.3.1	Formulering og begrunnelse	79
2.3.2	Innplassering av grunnantakelsen i forhold til liknende synspunkter i norsk rettsvitenskap	99
2.3.3	Konfrontasjon	108
2.3.4	Samlende synspunkter	134
 KAPITTEL 3. TO MORALFILOSOFISKE GRUNNANTAKELSER		137
3.1	Innledning og problemstilling.....	137
3.1.1	Striden om koplinger mellom rett og moral fra oldtida til i dag – oversikt	137
3.1.2	Erkjennelsesteoretiske utgangspunkter.....	151
3.1.3	Problemstilling.....	158
3.2	Grunnantakelse om formell sammenheng mellom rett og moral.....	162
3.2.1	Formulering og begrunnelse	162
3.2.2	Underlagsdokumentasjon for grunnantakelsen – koplinger mellom rett og rimelighet i den norske rettsordningen	214
3.2.3	Innplassering av grunnantakelsen i forhold til liknende synspunkter i rettsteori, moralfilosofi og normativ politisk teori	280
3.2.4	Konfrontasjon	286
3.2.5	Samlende synspunkter	316
3.3	Grunnantakelse om materiell sammenheng mellom rett og moral	318
3.3.1	Formulering og begrunnelse	318
3.3.2	Innplassering av grunnantakelsen i forhold til liknende synspunkter i rettsteori, moralfilosofi og politisk teori.....	344
3.3.3	Konfrontasjon	347
3.3.4	Samlende synspunkter	351

KAPITTEL 4. VEIEN VIDERE	353
REGISTRE	357
1 Ordforkortelser og kortnavn på lover, konvensjoner, tidsskrifter og utredninger mv	357
2 Litteraturhenvisninger	360
3 Henvisninger til norske dommer mv.....	385
3.1 Høyesterett: dommer og realitetskjennelser.....	385
3.2 Høyesteretts kjæremålsutvalg (KMU): trykte kjennelser	388
4 Henvisninger til dommer og uttalelser fra Den Europeiske Menneskerettsdomstol.....	388
5 Henvisninger til utenlandske dommer og dommer fra ICJ	389
5.1 Dommer fra Danmarks Højesteret.....	389
5.2 Dommer mv fra International Court of Justice (ICJ), Haag.....	389
6 Henvisninger til norske offentlige utredninger mv	389
7 Navneregister over omtalte forfattere.....	390
VEDLEGG: BEDØMMELSESKOMITEENS INNSTILLING 7.5.2008	397

Innholdsfortegnelse

KAPITTEL 1. INNLEDNING – PROBLEMSTILLINGER, GRUNNANTAKELSER OG DEFINISJONER MV 1

1.1 Tema, problemstillinger og grunnantakelser	1
1.1.1 Temavalg og siktemål.....	1
1.1.2 Problemstillinger	4
(1) Utgangspunkter.....	4
(2) Avhandlingens problemstillinger.....	6
(2.1) Innledning	6
(2.2) Vitenskapsteoretiske problemstillinger	7
(2.3) Moralfilosofiske problemstillinger	8
1.1.3 Grunnantakelsene som pretenderes å gi begrunnbare svar på mine problemstillinger.....	10
(1) Innledning.....	10
(2) Mine fire grunnantakelser – og sammendrag av begrunnelsen jeg gir for dem i kapitlene 2 og 3 nedenfor	11
1.2 Avgrensninger mv	15
1.2.1 Hva jeg ikke tar opp.....	15
1.2.2 Avhandlingens ajourføringsstatus i forhold til høyesterettspraksis, allment rettsteoretisk litteratur mv	15
1.3 Begrepsdefinisjoner og klargjøring ellers av grunnleggende betegnelser.....	16
1.3.1 Innledning.....	16
(1) Begrepsdefinisjonenes erkjennelsesteoretiske status	16
(2) Vitenskapsteoretiske utgangspunkter for øvrig	19
1.3.2 Definisjon av begrepene ‘definisjon’, ‘normforeskrivende’ og ‘begrep’	22
1.3.3 Definisjon av ‘grunnantakelse’	25
1.3.4 Definisjon av ‘rettsvitenskap’	27
1.3.5 Hva jeg mener med «juridisk argumentasjonsteori».....	27
1.3.6 Om behovet for øvrige begrepsdefinisjoner	30
1.4 Terminologi- og tegnsettsvalg.....	31
1.4.1 Regelverksnotasjon og -terminologi.....	31
1.4.2 Terminologivalg mv for øvrig	33
(1) Stor forbokstav på kortnavn til norske lover og forskrifter	33
(2) Notasjon av begreper, notasjon av sitat i sitat mv	34

KAPITTEL 2. TO VITENSKAPSTEORETISKE GRUNNANTAKELSER35

2.1 Problemstilling.....	35
2.1.1 Generelt	35
2.1.2 Særsilt om berøringsflater mellom de vitenskapsteoretiske problemstillingene og forskningsetiske spørsmål	38
2.1.3 Individuell akademisk frihet som forutsetning for formulering av bl.a. vitenskapsteoretiske grunnantakelser	39
 2.2 Grunnantakelse om den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning.....	41
2.2.1 Formulering og begrunnelse	41
(1) Begrunnelse av betegnelsen «den metodologiske».....	42
(2) Begrunnelse av betegnelsen «vitenskapelighetsnormen»	43
(3) Begrunnelse for oppstillingen av et krav om «analytisk sjølstendighet og argumentativt etterprøvbare holdbarhet i forhold til oppnådde resultater»	46
(3.1) Om «analytisk sjølstendighet».....	46
(3.2) Om «argumentativt etterprøvbare holdbarhet i forhold til oppnådde resultater»	48
(4) Begrunnelse for oppstillingen av et krav om «tilstrekkelig beherskelse av forskningsmetode og forskningsteori»	52
(5) Begrunnelse av betegnelsen «må formuleres som»	53
2.2.2 Innplassering av grunnantakelsen i forhold til liknende synspunkter i norsk rettsvitenskap	53
(1) Vertikal avgrensning av rettsvitenskap mot ikke-vitenskap	53
(2) Horisontal avgrensning av rettsvitenskap mot tilgrensende vitenskapsgreiner	54
2.2.3 Konfrontasjon	57
(1) Kravene til juridiske doktorgrader	57
(2) Kravene til ansettelse i vitenskapelige stillinger.....	60
(3) Høyesterettsdommeres metodologiske kompetanse for å delta i bedømmelseskomiteer	63
(4) Forutsetningen om at rettsavgjørelser faktisk begrunnes rasjonelt	64
(5) Irrasjonelle trekk ved vitenskapssamfunnene	67
(6) Rettspolitikk som rettsvitenskapelig deldisiplin	69
(6.1) Oversikt.....	69
(6.2) Rettspolitikk som rettsvitenskapelig deldisiplin – et spørsmål om metodologi?.....	75
(7) Verdinøytralitetsfordringen	77
(8) Fullstendighetsfordringen	77
(9) Det domstolspraksisbeskrivende vitenskapsidealets forenlighet med min grunnantakelse.....	78

2.2.4	Samlende synspunkter	78
-------	----------------------------	----

2.3	Grunnantakelse om det overordnede forskningsidealet for rettsvitenskapere.....	79
2.3.1	Formulering og begrunnelse	79
	(1) Begrunnelse av betegnelsen «det overordnede forskningsidealet for rettsvitenskapere»	80
	(1.1) Innledning	80
	(1.2) Forskningsetisk begrunnelse.....	82
	(1.3) Vitenskapsteoretisk begrunnelse – generelt	84
	(1.4) Vitenskapsteoretisk begrunnelse – særskilt om aksjonsforskning	87
	(1.5) Rettsteoretisk begrunnelse.....	88
	(2) Begrunnelse for oppstillingen av forskningsidealet om å «utøve verdi- og argumenttransparent forskningsaktivitet»	93
	(3) Begrunnelse av betegnelsen «tydeliggjøre»	96
	(4) Begrunnelse av betegnelsen «verdimessige forutsetninger, verdivalg og verdievaluerende synspunkter»	97
	(5) Begrunnelse av betegnelsen «normforeskrivende elementer».....	98
	(6) Begrunnelse av betegnelsen «i alle ytringer om gjeldende rett og den juridiske argumentasjonsteorien»	98
	(7) Begrunnelse av betegnelsen «må være»	99
2.3.2	Innplassering av grunnantakelsen i forhold til liknende synspunkter i norsk rettsvitenskap	99
	(1) Innledning.....	99
	(2) Rettsvitenskaperes forskningsideal før rettsrealismen slo igjennom på 1950-tallet	100
	(3) Rettsvitenskaperes forskningsideal under rettsrealismens glansperiode – før 1990-tallet.....	103
	(4) Rettsvitenskaperes forskningsideal fra 1990-åra og seinere	105
2.3.3	Konfrontasjon	108
	(1) Verdifrihet, eller iallfall verdinøytralitet, bør fortsatt være rettsvitenskapernes overordnede forskningsideal	108
	(1.1) Et ideal om å utøve verdi- og argumenttransparent forskningsaktivitet er ikke i samsvar med Max Webers ideal om en verdifri forskning	108
	(1.2) Ross' domstolspraksisbeskrivende vitenskapsideal, herunder hans syn på forholdet mellom vitenskap og politikk, har tålt tidens tann godt	111
	(1.3) Eckhoffs domstolspraksisbeskrivende ideal for jussens metodefag er ikke uforenlig med mitt ideal om å utøve verdi- og argumenttransparent forskningsaktivitet	118
	(1.4) En verdinøytral rettsvitenskap er en plattform mot ødeleggende rettspolitisk strid, og en plattform for moralfilosofisk pluralisme	121
	(1.5) Rettsvitenskapere har ikke bedre forutsetninger enn andre for å ytre seg om rettspolitiske spørsmål	123
	(2) Verdi- og argumenttransparens er ikke tilstrekkelig – et normativt forskningsideal trengs for rettsvitenskapen	124

(3) Det domstolspraksisbeskrivende vitenskapsidealet utelukker ikke andre vitenskapelige sysler for rettsvitenskapen enn utarbeidelse av prognoser over framtidige dommer	131
2.3.4 Samlende synspunkter	134

KAPITTEL 3. TO MORALFILOSOFISKE GRUNNANTAKELSER 137

3.1 Innledning og problemstilling.....	137
3.1.1 Striden om koplinger mellom rett og moral fra oldtida til i dag – oversikt	137
(1) Separasjonstese versus sammenhengstese i utenlandsk og norsk rettsteori.....	137
(2) Særskilt om Eckhoffs Ross-inspirerte støtte til separasjonstesen.....	148
3.1.2 Erkjennelsesteoretiske utgangspunkter.....	151
(1) Kognitivism, nonkognitivism og moralsk realisme – oversikt	151
(2) Utsagn om moralspørsmål forstått som handlingsanvisninger med holdbarhetspretensjon – min egen svakt kognitivistiske posisjon	153
(2.1) Utgangspunkt	153
(2.2) Erkjennelsesteoretisk forankring av den svakt kognitivistiske moralfilosofiposisjonen	154
3.1.3 Problemstilling.....	158
(1) Generelt	158
(2) Grunnantakelsenes juridisk argumentative status – anvendelsesdiskursiv versus begrunnelsesdiskursiv betydning.....	162
3.2 Grunnantakelse om formell sammenheng mellom rett og moral.....	162
3.2.1 Formulering og begrunnelse	162
(1) Urimelighetsbedømmelsen etablerer et kriterium for formell sammenheng mellom rett og moral	163
(2) Innledende klargjøring av normen om å underlegge enhver rettsavgjørelse en moralsk forankret rimelighetsbedømmelse.....	163
(2.1) Urimelighet og verdier – urimelighetsvurderingers erkjennelsesteoretiske status	164
(2.2) Urimelighetsbedømmelsen innebærer ikke å erstatte alle andre argumenttyper med én eneste argumenttype – rettsavgjørelsens rimelighet.....	164
(2.3) Urimelighetsbedømmelsen gjelder enhver lovregel, uskreven rettsregel eller rettspraksis, men virkningene skal bedømmes konkret (individuell) i forhold til sakens parter.....	165
(2.4) Rimelighet betyr ikke bare fordelingsrettferdighet (likebehandling)	166
(2.5) Valget av «urimelig» som vurderingstema istedenfor «klart urimelig» eller liknende.....	168
(3) Begrunnelse av betegnelsen «kan ikke regnes som» gjeldende rett	169

(4) Moralfilosofisk begrunnelse av grunnantakelsen med forankring i en nylesning av universaliseringsmaksimen i Kants moralfilosofi ...	170
(4.1) Universaliserings-formuleringen av det kategoriske imperativ – den vanlige lesningen	170
(4.2) Universaliseringsmaksimen slik den ble nedfelt i Den sveitsiske sivilrettslovbok (1907).....	171
(4.3) Alternativ lesning, forankret i Eckhoffs kritikk av den vanlige lesningen	173
(4.4) Den alternative lesningen gir bedre samsvar med «formål i seg sjøl»-formuleringen av det kategoriske imperativ.....	175
(4.5) Den alternative lesningen gir bedre samsvar med de alminnelige oppfatninger av induksjonsproblemet	175
(4.6) Nylesning av Kants universaliseringsmaksime – sammenfatning	176
(5) Moralfilosofisk begrunnelse av grunnantakelsen med forankring i deler av Rawls' teori om rettferdighet som rimelighet.....	177
(6) Moralfilosofisk begrunnelse av grunnantakelsen med forankring i allmennmoralen	180
(7) Moralfilosofisk begrunnelse av grunnantakelsen med forankring i den faktiske sammenheng mellom rett og moral etter gjeldende norsk rett ..	183
(7.1) Sammenfatning av koplinger mellom rett og rimelighet dokumentert i avsnitt 3.2.2(2)–(4) nedenfor	183
(7.1.1) Rettslige og moralfilosofiske føringar fra bruk av rimelighetshensyn som argumenttype (reelt hensyn)	183
(7.1.2) Rettslige og moralfilosofiske føringar fra lovforankrete regler om urimelighetsbedømmelse av forvaltningsavgjørelser, avtaler, oppsigelser, erstatningsutmålinger, mv.....	184
(7.1.3) Rettslige og moralfilosofiske føringar fra domstolskapte (ulovfestete) regler om urimelighetsbedømmelse av rettsforhold.....	187
(7.2) Rettslige og moralfilosofiske føringar fra øvrige koplinger mellom rett og moral i den norske rettsordningen	189
(7.2.1) Oversikt	189
(7.2.2) Nærmere om utenforliggende hensyn, vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling som ugyldighetsgrunn for forvaltningsavgjørelser.....	192
(7.2.3) Nærmere om forholdsmessighetsprinsippet i offentligretten	193
(7.2.4) Nærmere om den ulovfestete omgælsesnormen i skatteretten	194
(7.2.5) Nærmere om «mod ... Ærbarhed»-kriteriet i NL 5-1-2	195
(7.2.6) Nærmere om det ulovfestete lojalitetsprinsippet i kontraktsretten... ..	196
(7.2.7) Nærmere om misbruk av rettighetsposisjon i pantelånrelasjoner og mellom selskapsdeltakere	197
(7.2.8) Nærmere om den sedvanerettslige lære om odelsmisbruk (misbruk av odelsløsningsrett)	199
(7.2.9) Rettslige og moralfilosofiske føringar fra disse rettsreglene	200
(7.3) Moralfilosofiske føringar fra uskrevne grunnprinsipper som i høyesterettspraksis har blitt regnet for å ha rang over den positive lovgivning	200
(7.4) Moralfilosofiske føringar fra gjeldende rett hva angår rimelighetshensynenes betydning i rettsordningen – samlende drøftelse.....	201
(8) To praktiske eksempler på betydningen av grunnantakelsen.....	204
(8.1) Unnlatelsen av å skattlegge Arne Olav Brundtland fullt ut for inntektene i 1996 fra boka «Gift med Gro»	204
(8.2) Rettmessigheten av opsjonsutbetalingene i Norsk Hydro ASA sommeren 2007	205

(9) Samlende moralfilosofisk begrunnelse av grunnantakelsen – sammenhengstesens begrunnbarhet med hensyn til rimelighetsvurderingenes betydning i rettsordningen	209
(9.1) Sammenfatning av argumentasjonen ovenfor	210
(9.2) Konklusjoner.....	211
(10)Ekskurs: rettspolitiske aspekter ved oppgivelsen av tesen om at rett og moral er separate verdisystemer	213
3.2.2 Underlagsdokumentasjon for grunnantakelsen – koplinger mellom rett og rimelighet i den norske rettsordningen	214
(1) Problemstilling og oversikt.....	214
(2) Dokumentasjon av bruk av rimelighetshensyn som argumenttype – bl.a. under samlebetegnelsen reelle hensyn – i den norske rettsordningen.....	214
(2.1) Påberoping av «sakens natur» – en årtusengammel besvergelse for å tilsløre dels rettsskaping, dels vektlegging av rimelighetshensyn.....	214
(2.2) Rimelighetshensynets plass i Norges eldste skrevne lovgivning	217
(2.3) De reelle hensyns seiersgang som argumenttype i norsk rettsliv på 1900-tallet – og rimelighetsvurderingenes betydning blant disse hensynene	218
(2.4) Reelle hensyn som ekstrarettslige eller intrarettslige argumenter – nyere kritikk av reelle hensyn i norsk rettsvitenskap	225
(2.5) Sammenfatning	229
(3) Dokumentasjon av lovforankrete regler om rimelighetsbedømmelse av forvaltningsavgjørelser, avtaler, oppsigelser, erstatningsutmålinger, mv	229
(3.1) Innledning	229
(3.2) Sivilombudsmannsloven § 10 om klar urimelighet som vurderingsgrunnlag for ombudsmannens uttalelser om forvaltningsavgjørelser som pretenderes å ha medført urett overfor en person	231
(3.3) Skattelovgivningens bestemmelser om nedsettelse og ettergivelse av skatt av billighetsgrunner	233
(3.4) Utlendingsloven § 8(2) om «sterke menneskelige hensyn» som grunnlag for arbeids- eller oppholdstillatelse	233
(3.5) Sosialtjenesteloven § 8-7 om begrensning av klageorganets overprøvelseskompetanse til saker hvor den frie skjønnsutøvelsen har vært åpenbart urimelig	237
(3.6) Arbeidsmiljølovens bestemmelser om beskyttelse mot oppsigelse og avskjed i arbeidsforhold	238
(3.7) Plan- og bygningsloven § 47 om bruk av annen måleenhet enn areal for å hindre en klart urimelig fordeling ved refusjon for opparbeiding av offentlig vei mv	239
(3.8) Pristiltaksloven § 2 om forbud mot urimelige priser eller forretningsvilkår.....	240
(3.9) Gjeldsordningsloven § 1-3(1) om gjeldslette mv bl.a. når skyldneren ikke uten urimelig oppofrelse kan innfri sine forpliktelser fullt ut	240
(3.10) Avtaleloven § 36 om lempning av urimelige avtalevilkår	241
(3.11) Husleieloven § 4-1 om forbud mot å avtale leie som er urimelig mot leietaker og § 9-8(2) om tilsidesettelse av urimelige oppsigelser av leietakere	249
(3.12) Skadeserstatningslovgivningens bestemmelser om rimelighetsbasert lempning og avkortning av erstatningsansvar	249
(3.13) Ekteskapsloven § 46(2) og § 65(1) m.fl. om lempning av urimelige avtaler om formuesordningen mellom ektefeller	250

(3.14) Forbrukerkjøpsloven § 29 om fritak av selger for retting og omlevering som vil volde ham urimelige kostnader	253
(3.15) Grannelova § 2 om forbud mot å ha, gjøre eller sette i verk noe som urimelig eller unødvendig er til skade eller ulempe på naboeiendom	254
(3.16) Odelslova § 21 om vern av en dårligere berettiget mot odelsløsning, dersom bruk av løsningsretten ville være klart urimelig	255
(3.17) Sammenfatning	257
(4) Dokumentasjon av domstolskapte regler om rimelighetsbedømmelse av rettsforhold	257
(4.1) Innledning	257
(4.2) Rettspraksis om åpenbar urimelighet eller liknende som ugyldighetsgrunn i den materielle forvaltningsretten utenom skatteretten – «Mortvedt-formelen»	258
(4.2.1) Oversikt	258
(4.2.2) Vurdering av rettsgrunnlaget for Eivind Smiths forsiktige høyning av terskelen for anvendelse av Mortvedt-formelen	263
(4.2.3) Øvrige tolkingsmomenter og sammenfatning	268
(4.3) Rettspraksis om åpenbar urimelighet og liknende som ugyldighetsgrunn i skatteretten	271
(4.4) Rettspraksis om urimelighetsmomentets betydning i forhold til tilbakevirkingsforbudet i Grl § 97	273
(4.5) Rettspraksis om materielle rettssikkerhetskrav til velferdsstatlige tjenesteytelser	276
(4.6) Rettspraksis om sterk urimelighet som vilkår for erstatning etter Grl § 105 til grunneiere ved rådighetsinnskrenkninger	277
(4.7) Rettspraksis om rimelighet som avgjørelsesgrunnlag i tvister om uforpliktetes betalingshandlinger (condictio indebiti)	278
(4.8) Rettspraksis om klar urimelighet som begrunnelse for å oppheve en underordnet domstols omkostningsavgjørelse etter Tvl § 20-9(3)	279
(4.9) Sammenfatning	280
3.2.3 Innplassering av grunnantakelsen i forhold til liknende synspunkter i rettsteori, moralfilosofi og normativ politisk teori	280
(1) Liknende synspunkter i norsk og utenlandsk rettsteori	280
(1.1) Generelt	280
(1.2) Særskilt om Robert Alexys forsvar for sammenhengsten i «Begriff und Geltung des Rechts» (1992)	283
(2) Liknende synspunkter i norsk og utenlandsk moralfilosofi eller normativ politisk teori	285
3.2.4 Konfrontasjon	286
(1) Moralfilosofiske innvendinger	286
(1.1) Min moralfilosofiske begrunnelse er ikke holdbar	286
(1.1.1) Innvendinger mot den allmennmoraliske forankringen av grunnantakelsen	286
(1.1.2) Innvendinger mot min nylesning av Kants universaliseringsmaksime	287
(1.2) Grunnantakelsen er uforenlig med emotivisme-posisjonen i moralfilosofien	288
(1.3) Grunnantakelsen er uforenlig med utilitarisme-posisjonen i moralfilosofien	289
(1.4) Grunnantakelsen er uforenlig med intuisjonisme-posisjonen i moralfilosofien	290
(1.5) Grunnantakelsen innebærer tilslutning til en naturrettslig rettsteoretisk posisjon	291
(1.6) Grunnantakelsen undergraver rettsordningens verdinøytralitet	291
(2) Rettslige innvendinger	292

(2.1) Å legge avgjørende vekt på en rettsavgjørelses konkrete (individuelle) rimelighet betyr en aksept av rettsanvendernes private, i motsetning til allment aksepterte, moralstandpunkter	292
(2.2) Å legge avgjørende vekt på en rettsavgjørelses konkrete (individuelle) rimelighet svekker forutberegnelighetshensynet.....	295
(2.2.1) Generelt	295
(2.2.2) Særskilt om rettsvernreglene i konkurs.....	298
(2.3) Å legge avgjørende vekt på en rettsavgjørelses konkrete (individuelle) rimelighet er uforenlig med likhetshensynet	300
(2.4) Å legge avgjørende vekt på en rettsavgjørelses konkrete (individuelle) rimelighet, på tvers av ordlyd og forarbeider, er illojalt mot lovgiver.....	301
(2.5) Å legge avgjørende vekt på en forvaltningsavgjørelses konkrete (individuelle) rimelighet ved domstolprøvingen undergraver domstolenes objektivitet og uavhengighet	309
(2.6) Frihet for domstolene til å foreta skjønsmessige avveininger av kryssende hensyn er bedre enn plikt til økt vektlegging av urimelighet.....	311
(3) Retts sosiologisk innvending – rettsordningens funksjon er å skape en illusjon i befolkningen om at rettsreglene er rimelige (rettferdige).....	313
3.2.5 Samlende synspunkter	316
3.3 Grunnantakelse om materiell sammenheng mellom rett og moral	318
3.3.1 Formulering og begrunnelse	318
(1) Begrunnelse av betegnelsen «materiell sammenheng mellom rett og moral»	318
(2) Begrunnelse av betegnelsen «kan ikke regnes som gjeldende rett»	319
(3) Begrunnelse av betegnelsen «rettsavgjørelse som (i) ikke er forenlig med de internasjonale menneskerettighetene eller (ii) ikke fremmer gjennomføringen av dem».....	319
(4) Moralfilosofisk begrunnelse av grunnantakelsen med forankring i en universalistisk moralposisjon om hvert enkelt menneskes iboende verdighet og menneskeverdets ukrenkelighet....	321
(5) Moralfilosofisk begrunnelse for grunnantakelsen med forankring i Amartya Sens teori om rettigheter som mulighetsbetingelser for handling.....	324
(6) Moralfilosofisk begrunnelse av grunnantakelsen med forankring i allmennmoralen.....	326
(7) Moralfilosofisk begrunnelse av grunnantakelsen med forankring i separasjonstesens uholdbarhet.....	326
(8) Moralfilosofisk begrunnelse av grunnantakelsen med forankring i innarbeidingen av internasjonale menneskerettigheter i den gjeldende norske rettsordningen.....	327
(8.1) Innarbeidete internasjonale menneskerettigheter i Norge – oversikt.....	327
(8.1.1) Grunnloven § 110 c og Menneskerettsloven	327
(8.1.2) Bestemmelsene i Straffeloven, Tvistemålsloven, Straffeprosessloven, Utlendingsloven og Tvangsfullbyrdsloven om monisme på disse rettsområdene....	329
(8.2) Særskilt om internasjonale menneskerettigheter som har jus cogens-status eller status som folkerettslig sedvanerett, og derfor er bindende for Norge eo ipso.....	330

(8.3) Moralfilosofiske implikasjoner av gjeldende rett hva angår menneskerettighetenes innarbeiding i rettsordningen – samlende drøftelse.....	332
(9) To praktiske eksempler på betydningen av grunnantakelsen.....	333
(9.1) Grunnantakelsen anvendt på Høyesteretts «klarhetsdoktrine» i bølgepappkjennelsen, Rt 1994 s 610.....	333
(9.2) Grunnantakelsen anvendt på Høyesteretts tildeling gjennom flere år av en «skjønnsmargin» til forvaltningen ved kontrollen av EMK-forenligheten av dennes avgjørelser.....	337
(10) Samlende moralfilosofisk begrunnelse av grunnantakelsen – sammenhengstesens begrunnbarhet med hensyn til de internasjonale menneskerettighetenes betydning i rettsordningen.....	341
(10.1) Sammenfatning av argumentasjonen ovenfor	341
(10.2) Konklusjoner.....	342
3.3.2 Innplassering av grunnantakelsen i forhold til liknende synspunkter i rettsteori, moralfilosofi og politisk teori	344
(1) Generelt	344
(2) Særskilt om Alan Gewirths forsøk på å begrunne menneskerettighetenes moralfilosofiske status som «logisk nødvendig»	345
(3) Særskilt om Bernhard Gerts rasjonalistiske moralfilosofi	346
3.3.3 Konfrontasjon	347
(1) Moralfilosofiske innvendinger.....	347
(1.1) Min grunnantakelse står og faller med de moralfilosofiposisjonene jeg har påberopt, eller med om man ellers vil gi tilslutning til annen rettighetsbasert moralfilosofi.....	347
(1.2) Verken inkorporeringen i norsk rett eller enigheten om menneskerettighetene gir moralfilosofisk belegg for min grunnantakelse	347
(2) Rettslige innvendinger.....	348
(2.1) Grunnantakelsen er potensielt uforenlig både med lojalitet mot lovgiver og med lojalitet mot Høyesterett	348
(2.2) Grunnantakelsen vil undergrave den norske rettsordningens sjølstendighet og medføre økt «rettsliggjøring»	349
(2.3) Grunnantakelsen vil undergrave skillet mellom «soft law» og rettslige forpliktelser i menneskeretten	350
3.3.4 Samlende synspunkter	351

KAPITTEL 4. VEIEN VIDERE353

REGISTRE357

1 Ordforkortelser og kortnavn på lover, konvensjoner, tidsskrifter og utredninger mv	357
2 Litteraturhenvisninger	360
3 Henvisninger til norske dommer mv.....	385

3.1	Høyesterett: dommer og realitetskjennelser.....	385
3.2	Høyesteretts kjæremålsutvalg (KMU): trykte kjennelser	388
4	Henvisninger til dommer og uttalelser fra Den Europeiske Menneskerettsdomstol.....	388
5	Henvisninger til utenlandske dommer og dommer fra ICJ	389
5.1	Dommer fra Danmarks Højesteret	389
5.2	Dommer mv fra International Court of Justice (ICJ), Haag.....	389
6	Henvisninger til norske offentlige utredninger mv	389
7	Navneregister over omtalte forfattere.....	390
 VEDLEGG: BEDØMMELSESKOMITEENS INNSTILLING		
7.5.2008	397

Kapittel 1. Innledning – problemstillinger, grunnantakelser og definisjoner mv

1.1 Tema, problemstillinger og grunnantakelser

1.1.1 Temavalg og siktemål

Norsk rettsvitenskap har nå i snart en mannsalder befunnet seg i det jeg vil betegne som en «postrettsrealistisk» fase. Torstein Eckhoffs «Rettskildelære»¹, den skandinaviske rettsrealismens viktigste bok i norsk språkdrakt, har kommet under et økende kritisk rettsteoretisk trykk. Kritikken har særlig vært rettet mot det domstolspraksisbeskrivende idealet for metodefaget som Eckhoff formulerte innledningsvis i den nevnte boka, som en tilpasning til læremesteren Alf Ross' formulering av et domstolspraksisbeskrivende ideal for rettsvitenskapen. Kritikken har videre vært rettet mot Ross' og Eckhoffs skarpe skille mellom rett og moral, dvs deres syn om at rettsvitenskapere ikke har grunnlag for å hevde at ett bestemt standpunkt til løsningen av et rettsspørsmål i moralsk forstand er riktigere enn et annet standpunkt. Ross' og Eckhoffs standpunkt her er typisk for den såkalte nonkognitivismeposisjonen i den skandinaviske rettsrealismen.

Den første betydningsfulle oppfordringen om å løse ankerfestene til den skandinaviske rettsrealismens domstolspraksisbeskrivende vitenskapsideal kom med David R. Doublet og Jan Fridthjof Bernts «Retten og vitenskapen» (1992). Andreutgaven av boka (1993) inneholdt et nyskrevet kapittel der forfatterne eksplisitt tok til orde for en «nynormativistisk» reorientering av norsk rettsvitenskap. Eckhoff rakk dessverre ikke å kommentere disse bøkene før han døde tidlig i 1993. Parolen om å tilstrebe et normativt, i kontrast til et deskriptivt, vitenskapsideal har i de etterfølgende åra fungert som døråpner for formulering av flere uløste grunnproblemer i norsk rettsvitenskap. Blant disse grunnproblemene vil jeg stikkordmessig angi de vesentligste slik:

- Det vitenskapsteoretiske grunnproblemet om hva som bør være vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning i Norge, altså om rettsvitenskapen, bortsett fra å forholde seg til gjeldende regler for doktorgradsbedømmelser, har en tilstrekkelig avklart – og utad kommunisert – forståelse av vitenskapelighetskravet, metodologisk og substansielt,

¹ 1. utg av boka utkom i 1971, 2. utg i 1987 og 3. utg i 1993, samme år som Eckhoff døde.

- Det vitenskapsteoretiske grunnproblemet om (i) det for norske rettsvitenskapere er overveiende grunner til å forkaste den skandinaviske rettsrealismens domstolspraksisbeskrivende vitenskapsideal; og, hvis svaret på (i) er ja, om (ii) det da er overveiende grunner til å oppstille et normforeskrivende (normativt) vitenskapsideal for rettsvitenskapen; eller om (iii) det bør anses viktigere å tydeliggjøre verdipremisser og normforeskrivende elementer i forskningen,
- Det moralfilosofiske grunnproblemet om (i) rett og moral fortsatt bør regnes som to separate institusjoner (separasjonstesen om rett og moral), slik at moralske føringer for rettsanvendelsen bare er rettslig forpliktende dersom de har forankring i skreven eller uskreven rett; eller om (ii) det er moralfilosofisk grunnlag for å hevde at moralen stiller visse minstekrav til retten, som må anses som forpliktende uten hensyn til hva som er gjeldende rett i streng forstand; og om (iii) det er grunnlag for å konkretisere disse moralske minstekravene slik at verken (a) urimelige rettsavgjørelser eller (b) rettsavgjørelser som ikke er forenlig med de internasjonale menneskerettighetene, kan regnes som gjeldende rett.
- Det erkjennelsesteoretiske (kunnskapsteoretiske) grunnproblemet om (i) rettsanvendelsen må anses skapende (konstitutiv) ikke bare for rettsreglene som anvendes, men også for faktaene som anses bevist; og om (ii) enhver rettsavgjørelse må regnes som verdiforankret, både i forhold til rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen,
- Det ontologiske (metafysiske) grunnproblemet om (i) rettsreglene og rettsbegrepene ikke eksisterer (ikke har noen substans), eller om det er mer fruktbart å hevde at rettsreglenes og rettsbegrepene eksistens (substans) er av en ikke-fysisk art, som institusjonelle (konvensjonelle) fakta; og om (ii) det er holdbart å hevde at (praktisk talt) all rett er skapt av Stortinget og domstolene, eller om sedvaneretten fortsatt spiller en vesentlig rolle i rettsutviklingen.

Blant de her nevnte grunnproblemene har jeg valgt å begrense framstillingen til de vitenskapsteoretiske og moralfilosofiske problemene – disse problemene er altså avhandlingens *tema*.² Avhandlingens *siktemål* er å utforske mulige frukter, vitenskapsteoretisk og moralfilosofisk, av å forkaste den skandinaviske rettsrealismens vitenskapsteoretiske og moralfilosofiske premisser.

² Når det gjelder begrunnelsen for denne avgrensningen viser jeg til avsnitt 1.3 nedenfor.

Jeg har kommet fram til³ at det i Norge er blitt forsvart sju avhandlinger av helt rettsteoretisk karakter⁴ for doktorgraden i åra etter at Eckhoff døde og fram til ferdigstillingen av dette arbeidet 1.11.2007, og at det i samme tidsrom er blitt forsvart ni avhandlinger av blandet rettsteoretisk og annen vitenskapelig karakter.⁵ Begge disse tallene ligger betydelig høyere enn tilsvarende tall for de foregående 100 åra.⁶ De grunnproblemene jeg listet opp rett ovenfor har likevel bare i vekslende grad blitt adressert i disse arbeidene, trass i at kritikk av den skandinaviske rettsrealismen har vært fellesnevneren i de aller fleste helt rettsteoretiske arbeidene, dvs avhandlingene til David R. Doublet, Knut Bergo, Erik Friis Fæhn, Morten Kinander og Synne Sæther Mæhle. Det rettsteoretiske trykket mot Eckhoffs «Rettskildelære» til tross: noe samtlende knippe av standpunkter til de problemstillingene

³ Bak formuleringen «kommet fram til» skjuler det seg flere problematiske overveielser, som et stykke på vei er tematisert i kapittel 2 avsnitt 2.2 nedenfor. Som utgangspunkt for opptellingen har jeg nyttet Hanne Strømø: «Juristers doktoravhandlinger og juridiske doktoravhandlinger i Norge» (1997), men har ikke som henne begrenset meg til doktorgrader avlagt av kandidater med juridisk embetseksamen. Alle de rettsteoretiske avhandlingene som er opplistet i note 4 nedenfor, er blitt tildelet dr juris-graden ved juridiske fakulteter i Norge. Doublets og Kinanders avhandlinger er imidlertid arbeider forsvart av fagfilosofer uten embetseksamen i juss. I note 5 nedenfor om avhandlinger av blandet rettsteoretisk og annen vitenskapelig karakter har jeg inkludert både avhandlingene til fagfilosofen Herrestad, som ble forsvart for dr philos-graden på Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo, og avhandlingene til sivilingeniør Christen Krogh, som ble forsvart for dr philos-graden på Det historisk-filosofiske fakultet ved Universitetet i Oslo, fordi de begge var knyttet til det normlogiske miljøet på Institutt for rettsinformatikk, Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo.

⁴ Avhandlingene er – navngitt etter bokutgaven, med disputasår i parentes: David R. Doublet, Bergen: «Rett, vitenskap og fornuft : Et systemteoretisk perspektiv på den rettslige argumentasjonsverdimessige forutsetninger» (1994); Svein Eng, Oslo: «U/enighetsanalyse – med særlig vekt på allmenn rettsteori» (1996); Ande Somby, Tromsø: «Juss som retorikk» (1999); Knut Bergo, Oslo: «Tekst og virkelighet i rettskildelæren» (2002); Erik Friis Fæhn, Oslo: «Ingen plikt til lydighet : en avhandling om jurisprudence – rettsvitenskap[s] normative karakter» (2003); Morten Kinander, Bergen: «The view from within : An analysis and critique of legal realism and descriptive jurisprudence» (2003); Synne Sæther Mæhle, Bergen: «Grenser for rettsanvendelsesskjønn : Om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern» (2004).

⁵ Avhandlingene er – med andre vitenskapelige perspektiver angitt i hakeparentes: Dag Wiese Scharum, Oslo: «Rettsikkerhet og systemutvikling i offentlig forvaltning» (1993), [retts- og forvaltningsinformatikk]; Inger-Johanne Sand, Oslo: «Styring av kompleksitet : Rettslige former for statlig rammestyring og desentralisert statsforvaltning» (1994), [retts sosiologi, statsrett, forvaltningsrett, statsvitenskap]; Anders Chr. Stray Ryssdal, Oslo: «Legal realism and economic as behaviour : a Scandinavian look at economic analysis of law» (1995), [rettsøkonomi]; Henning Herrestad, Oslo: «Formal Theories of Rights» (1996), [normativ logikk]; Christen Krogh, Oslo: «Normative Structures in Natural and Artificial Systems» (1997), [normativ logikk]; Anne Hellum, Oslo: «Women's Human Rights and Legal Pluralism in Africa : Mixed Norms and identities in Infertility Management in Zimbabwe» (1998), [kvinnerett, rettsantropologi, utviklingsrett]; Sverre Blandhol, Oslo: «Nordisk rettspragmatisme : Savigny, Ørsted og Schweigaard om vitenskap og metode» (2004), [idéhistorie, rettshistorie]; Erik M. Nesland, Tromsø: «Norsk rettskildelære 1884–1939 : Rettssyn hos Platou, Hagerup, Stang, Knoph, Astrup Hoel og Castberg» (2006), [rettshistorie]; Jørn Øyrhaugen Sunde, Bergen: «Fornuft og Erfarenhet : framveksten av metodisk medvit i dansknorsk rett på 1700-talet» (2007), [rettshistorie].

⁶ Avhandlingene er (begrenset til de reint rettsteoretiske arbeidene): Hermann Harris Aall, Oslo: «Interessen som normativ idé : en filosofisk og sosiologisk undersøkelse» (1921); G. Astrup Hoel, Oslo: «Den moderne rettsmetode» (1925) og Nils Kristian Sundby, Oslo: «Om normer» (1974).

som jeg skal formulere straks nedenfor, kan følgelig knapt hevdes å foreligge blant disse rettsteoretikerne.

1.1.2 Problemstillinger

(1) *Utgangspunkter*

I fortsettelsen (underavsnitt (2) nedenfor) gir jeg en *innledende oversikt* over avhandlingens problemstillinger – i den rekkefølgen de behandles i kapitlene 2–3 nedenfor. Prioriteringene av problemstillingene har skjedd dels ut fra overveielser av hva som for tida framstår som mest presserende for videreutviklingen av metodefaget i norsk rettsvitenskap, dels ut fra nødvendigheten av å holde avhandlingens format innenfor håndterbare rammer. I avsnitt 1.1.3 nedenfor formulerer jeg de grunnantakelsene (hypotesene) som pretenderes å *gi argumentativt begrunnbare standpunkter* til mine problemstillinger. I avsnitt 1.2 nedenfor redegjør jeg for avgrensningene jeg har foretatt, mens begrepsdefinisjoner og klargjøring ellers av grunnleggende betegnelser i avhandlingen foretas i avsnitt 1.3 nedenfor.

(i) Som et første utgangspunkt for avhandlingens problemstillinger vil jeg framheve at rammene for dette arbeidet, jf avhandlingens tittel, er den *norske* rettsordningen. Trass i at de vitenskapsteoretiske og moralfilosofiske grunnproblemene jeg tar opp trolig langt på vei er felles for alle rettsordninger i vår kulturkrets, er ikke denne avhandlingen ment som bidrag til en diskurs innenfor den internasjonale foreningen for retts- og sosialfilosofi, International Society for Philosophy of Law and Social Philosophy, IVR. Dersom det hadde vært intensjonen, ville jeg ikke bare ha valgt å skrive på et mer utbredt språk enn norsk – også opplegget og eksempelbruken ville vært annerledes. Når dette er sagt, vil jeg på den andre siden ikke utelukke at avhandlingen kan ha overføringsverdi ved rettsteoretiske analyser av rettsordningene i andre land.

(ii) Som et andre utgangspunkt for avhandlingens problemstillinger vil jeg vise til et synspunkt om *fraværet av behov* for å problematisere den juridiske metoden, som Inge Lorange Backer i 1986 hevdet i innledningskapitlet til sin doktoravhandling:

«Juridisk metode har ... en omfattende kjerne hvor det hersker bred enighet mellom kompetente rettsanvendere og rettsforskere. Denne kjernen er omfattende nok til at det ... lar seg gjøre å gå i gang med en rettsvitenskapelig undersøkelse uten noen større preliminær diskusjon av metoden. ...» (I. L. Backer 1986 s 56 siste avsnitt.)

Dels uttalte Backer med dette noe som jeg slutter meg fullt og helt til – at enhver juridisk doktoravhandling i Norge må baseres på en omfattende vev

av ikke uttalte forutsetninger om (bl.a.) den juridiske metodens innhold.⁷ Men Backers formulering kan også leses som en betydelig undervurdering av rettsordningens dynamiske karakter. Jeg sikter ikke med dette til de – i etterpåklokskapens lys – åpenbare konsekvensene for juridisk metode av (a) samerettsutviklingen fra slutten av 1980-tallet inklusiv den nye Grl § 110 a og Sameloven 12.6.1987 nr 56, (b) Norges EØS-tilslutning tidlig på 1990-tallet og (c) den nye Grl § 110 c i 1993 og tre sentrale internasjonale menneskerettighetskonvensjoners inkorporasjon i norsk rett gjennom Menneskerettsloven 21.5.1999 nr 30. Det jeg tenker på er de neglisjerte grunnproblemene i norsk rettsvitenskap som jeg tar opp i dette arbeidet. Disse problemene må rettsvitenskapene kollektivt ta ansvar for å beskjefte seg med – for ingen andre står klar til å løse slike oppgaver i rettsvitenskapenes sted. Og når antallet reinte rettsteoretiske arbeider i norsk rettsvitenskap er så beskjedent som påpekt i forrige avsnitt, 10 i alt i løpet av et helt århundre (før dette arbeidet), er det åpenbart at rettsdogmatikerne blir sittende igjen med «regningen» for problemene som ikke tas opp.

(iii) Det er nok dessverre fortsatt slik at rettsteoretisk debatt i norsk rettsvitenskap hovedsakelig utfolder seg uten nevneverdig oppmerksomhet fra de rettsvitenskapene som er overveiende rettsdogmatisk orienterte. Et godt stykke på vei tror jeg nok at rettsteoretikerne sjøl må påta seg skylden for dette, fordi rettsteoretiske arbeider ofte har hatt en unødig rettsanvendelsesfjern tematikk og vanskelig framstillingsform. I 1943 (i et foredrag publisert først ca 30 år seinere) grep Kristen Andersen fatt i det som den gang etter hans vurdering var et hovedproblem – at rettsteoriens filosofiske diskusjoner var helt frikoplet og «isolert» fra praktisk rettsanvendelse, og derfor ikke ga «stimulerende impulser» til denne (*Andersen 1972 s 435* andre avsnitt; s 443 tredje avsnitt). Med bl.a. dette hjertesukket til Andersen i bakhodet har prioriteringen av problemstillinger og opplegget av drøftelsene i denne avhandlingen skjedd med det uttalte mål for øye å egge til debatt om mine hovedsynspunkter i en brei krets av rettsvitenskapere, ikke minst blant utpregete rettsdogmatikere.

(iv) I generell vitenskapsteoretisk litteratur alluderes det ofte at vitenskapelige framskritt skjer gjennom at forskere i forskningsfronten står på giganters, dvs sine læremestres, skuldre, og slik kan skue lenger enn disse.⁸ Eckhoffs «Rettskildelære» og hans rettsteoretiske produksjon ellers, herunder «Retssystemer» som Nils Kristian Sundby var medforfatter til, utgjør etter mitt syn fortsatt de innenlandske «skuldre» som rettsvitenskapere i Norge må stå på for å få til en fruktbar videreutvikling av den allmenne

⁷ Se avsnitt 1.1.3(1) og 1.3.1 nedenfor om mine egne forutsetninger av liknende art.

⁸ Klassikeren i vår tid når det gjelder bruken av dette bildet er den amerikanske sosiologen og vitenskapsteoretikeren Robert K. Mertons bok «On the Shoulders of Giants» (1965), som i etterordet til 1993-utgaven (s 301 flg) for øvrig presiserte at bildet, som tilskrives Newton, visstnok kan føres helt tilbake til Bernard de Chartres på 1100-tallet.

rettsteorien og metodefaget her i landet. Etter Eckhoff og Sundby har vi i Norge fått en slags todeling i den videre utvikling av rettsteorien. Doublets «Rett, vitenskap og fornuft» (1995) hadde en tydelig systemteoretisk og kontinentalfilosofisk forankring, mens Engs «U/enighetsanalyse» (1998) videreførte den overveiende begrepsanalytiske tradisjonen etter Sundby (som fulgte i Næss' fotspor), riktignok på et mer grunnleggende plan – dvs uten å ta stilling til aktuelle rettsteoretiske stridsspørsmål. Mitt eget arbeid står i gjeld både til Doublets og Engs avhandlinger, men på strukturnivået mest til Engs, først og fremst fordi jeg har brukt Engs definisjonsteori som et avgjørende verktøy for å tydeliggjøre mitt eget rettsteoretiske ståsted.

Det ville være misvisende å underslå at rettsteoretikere i Norge også står i betydelig faggjeld til utenlandske rettsteoretiske forbilder. Blant disse rangerer Alf Ross fortsatt høyt som den sentrale premissleverandør for rettsrealismen i Norge. Av andre rettsteoretiske forbilder vil jeg framheve rettsrealismekritikeren Aleksander Peczenik. Når dette er sagt er det ingen grunn til å nedtone at min avhandling inviterer til vesentlige endringer i synet på vitenskapsteoretiske, filosofiske og allment rettsteoretiske grunnproblemer i norsk rettsvitenskap i forhold til Ross', Eckhoffs og Sundbys syn.

(v) Både Eckhoff og Sundby var sentrale medspillere ved etableringen av Rettspolitisk Forening, *kritisk juss*-retningens mest synlige institusjon på Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo, i 1974.⁹ Et siste utgangspunkt for opplegget av denne avhandlingen er en målsetting om at avhandlingen kan bidra til revitalisering og videreutvikling av *kritisk juss*-retningen i norsk rettsvitenskap.

(2) Avhandlingens problemstillinger

(2.1) Innledning

Som påpekt i avsnitt 1.1.1 foran var det Doublet og Bernt som først tok til orde for en «nynormativistisk» reorientering av norsk rettsvitenskap (1993 s 165–91). Doublet fulgte opp denne linjen i sin doktoravhandling (1995). Både Bergo 2002, Friis Fæhn 2002, Kinander 2004 og Sæther Mæhle 2005 flagget tilslutning til et «normativt» eller «nynormativistisk» vitenskapsideal for rettsvitenskapen. Likevel er det etter mitt syn vanskelig å påvise noe samlende vitenskapsteoretisk *credo* i disse arbeidene, bortsett fra en distansering fra det domstolspraksisbeskrivende idealet, slik dette ble formulert for rettsvitenskapen av Ross i «Om ret og retfærdighed» (1953 s 91

⁹ Når det gjelder spørsmålet om hva «kritisk juss»-retningen i norsk rettsvitenskap har stått for, vil jeg vise til kildene, først og fremst alle årganger av (*Hefte for*) *Kritisk Juss*. Dessverre synes både Doublet 1995 og Kinander 2005 å ha oversett at det ledende synspunktet i kritisk juss-bevegelsen har vært tesen om jussens bundethet til og avhengighet av makten, herunder at fattigdom i det norske samfunnet er i samsvar med gjeldende rett – og at denne bevegelsens *credo* følgelig har vært å forsvare svakstilte grupper i samfunnet.

tredje avsnitt), og for metodefaget av Eckhoff i «Rettskildelære» (1971b s 18 nest siste avsnitt¹⁰).

Doublet og Bernts parole om en nynormativistisk reorientering kan følgelig hevdes å ha fungert best som en vitamininnsprøytning for rettsteoretisk debatt – som en velplassert påpeking av at rettsrealismens rettsteoretiske univers ikke var det eneste mulige. I fortsettelsen presenterer jeg de problemstillingene som jeg mener er mest sentrale i en postrettsrealistisk norsk rettsvitenskap, henholdsvis fra en vitenskapsteoretisk synsvinkel (avsnitt (2.2) nedenfor), og fra en moralfilosofisk synsvinkel (avsnitt (2.3) nedenfor).

(2.2) Vitenskapsteoretiske problemstillinger

Rettsvitenskapere i Norge har i siste mannsalder *bare i liten utstrekning* prioritert å beskjeftige seg med generelle eller fagspesifikke vitenskapsteoretiske problemstillinger, som f.eks. spørsmålet om normativitet som vitenskapsteoretisk og -etisk utfordring, verdienes plass i rettsanvendelsen og vitenskapelighetskriterier for faget rettsvitenskap. Det sistnevnte spørsmålet har likevel vært holdt varmt i en breiere krets av rettsvitenskapere gjennom bedømmelser på de juridiske fakultetene av (i) avhandlinger for de akademiske gradene dr juris, dr philos eller ph d, og av (ii) rettsvitenskapelige arbeidere i saker om ansettelser i vitenskapelige stillinger. Etter mitt syn er det på høy tid at vitenskapelighetskriterier for faget rettsvitenskap også blir tatt opp i en doktoravhandling. På høy tid er det videre å problematisere enkelte prosedurale aspekter ved dagens bedømmelsespraksis.

Den første vitenskapsteoretiske problemstillingen vil jeg etter dette formulere som et spørsmål om hva som bør være vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning i Norge, altså om rettsvitenskapen, bortsett fra å forholde seg til gjeldende forskrifter for doktorgradsbedømmelser, har en tilstrekkelig avklart – og utad kommunisert – forståelse av vitenskapelighetskravet, metodologisk og substansielt.

Ross' domstolspraksisbeskrivende ideal for rettsvitenskapen hadde som siktemål å tilpasse rettsvitenskapens oppgaver til det som kunne forsvares som *vitenskapelige* gjøremål. Som vitenskapelige gjøremål kunne man ifølge Ross 1953 ikke anerkjenne annet enn beskrivelser av høyesterettspraksis og oppstillinger av prognoser om domsutfallet i saker for Høyesterett.

I de siste tiåra har det imidlertid framkommet tvil om det domstolspraksisbeskrivende idealet fikk *praktisk* gjennomslag i norsk rettsvitenskapelig forskning. Forutsatt at det domstolspraksisbeskrivende idealet i realiteten aldri fikk gjennomslag av betydning, kan det spørres om Doublet og Bernts

¹⁰ Likedan i Eckhoff 1987a (s 16 siste avsnitt flg); og Eckhoff 1993 (s 16 siste avsnitt); uendret i Eckhoff og Helgesen 2001 (s 22 første avsnitt).

(ny)normativismeparole, framsatt i 1993, innebar noe egentlig brudd med de rådende strømninger i rettsvitenskapen.

Etter min vurdering er det det klassiske verdifrihetsspørsmålet i samfunns- og humanvitenskapen, herunder spørsmålet om verdienes rolle i rettsvitenskapelig forskning, som melder seg som det mest påtrengende vitenskapsteoretiske spørsmålet, dersom man oppgir idealet om et domstolspraksisbeskrivende vitenskapsideal. Rettsvitenskapens legitimitet overfor det øvrige samfunn er nemlig i en vesentlig grad knyttet til at bevisstheten om grensene mellom vitenskapelig og ikke-vitenskapelig aktivitet holdes ved like. Over 50 år etter Ross 1953 er det på høy tid å rekapitulere og drøfte Ross' egen grensdragning med friske øyne, på bakgrunn av den utvikling som har skjedd i vitenskapssamfunnet i denne perioden.

Den andre vitenskapsteoretiske problemstillingen vil jeg etter dette formulere som et spørsmål om (i) det for norske rettsvitenskaper er overveiende grunner til å forkaste den skandinaviske rettsrealismens domstolspraksisbeskrivende vitenskapsideal; og, hvis svaret på (i) er ja, om (ii) det da er overveiende grunner til å oppstille et normforeskrivende (normativt) vitenskapsideal for rettsvitenskapen; eller om (iii) skoen egentlig trykker et helt annet sted – som et behov for tydeliggjøring av verdipremisser og normforeskrivende elementer i forskningen.

(2.3) *Moralfilosofiske problemstillinger*

Spørsmålet om sammenhengen mellom rett og moral, og framfor alt sammenhengen mellom rett og rimelighet (rettferdighet), synes alltid å ha fulgt retten i vår del av verden som nissen på lasset. Etter mitt syn har det lenge vært et beklagelig fravær av diskusjon i *norsk offentlighet* om betydningen av koplinger mellom rett og moral. At en slik diskusjon heller ikke har vært ført med mye energi eller bredde i *norsk rettsvitenskap* så lenge den skandinaviske rettsrealismen rådde grunnen med det synet at rettferdighetsforestillinger var følelsesutbrudd som det ikke går an å diskutere rasjonelt, er ikke overraskende. Man trenger imidlertid ikke å ha mer enn alminnelig juristutdanning i Norge for å skjønne at rettsordningen er rik på koplinger mellom rett og moral. Følgelig er det et klart paradoks at den såkalte separasjonstesen – den oppfatning at det ikke er begrepsmessig (definitiv) sammenheng mellom rett og moral – synes å stå urokket i norsk rettsteori, og stort sett også i de land vi vanligvis sammenlikner oss med. Jeg vil utfordre denne bastantheiten fra to forskjellige innfallsvinkler:

(i) *Innfallsvinkel om formell sammenheng mellom rett og moral:* Jeg har valgt å ta utgangspunkt i den realitet at rimelighetshensynet åpenbart har en betydelig forankring i gjeldende rett, både som argumenttype og som lovfastsatt rett eller uskreven rettsregel. En nærliggende hypotese er at rime-

lighetshensynets betydelige forankring i rettsordningen svekker separasjonstesens holdbarhet.

Den første moralfilosofiske problemstillingen vil jeg etter dette formulere som et spørsmål om det er plausibelt å fastholde den såkalte separasjonstesen, altså at det ikke er noen begrepsmessig (definitorisk) sammenheng mellom rett og moral, trass i at rimelighetshensynet faktisk har en betydelig forankring i gjeldende rett.

Uavhengig av svaret på den første problemstillingen mener jeg det er interessant å drøfte om det på annet grunnlag kan argumenteres rasjonelt for en moralsk fordring om at enhver rettsavgjørelse må kunne bestå en rimelighetstest for å være rettslig holdbar.

Den andre moralfilosofiske problemstillingen vil jeg etter dette formulere som et spørsmål om mulighetene for rasjonell moralfilosofisk begrunnelse av det standpunkt at ingen urimelig (urettferdig) avgjørelse av et retts-spørsmål kan regnes som gjeldende rett.

(ii) *Innfallsvinkel om materiell sammenheng mellom rett og moral:* Jeg har valgt å ta utgangspunkt i den formelle forankring de internasjonale menneskerettighetene har fått i norsk rett siden litt ut på 1990-tallet, i første rekke etter vedtakelsen i 1994 av Grunnloven § 110 c om myndighetenes plikt til å sikre og respektere menneskerettighetene, og vedtakelsen fem år seinere av Menneskerettsloven 21.5.1999 nr 30, som opprinnelig¹¹ inkorporerte de tre viktigste internasjonale menneskerettighetsinstrumentene i norsk rett, med forrang i forhold til internretten i tilfelle av motstrid. En nærliggende antakelse er at en denne forankringen av internasjonale menneskerettigheter i norsk rett ikke kan være moralfilosofisk betydningsløs: *for det første* må Stortingets vedtakelse av den nye Grl § 110 c og av Menneskerettsloven anses for basalt å bygge på en moralsk aksept, ikke bare en politisk aksept, av de internasjonale menneskerettighetene; *for det andre* er det grunn til å stille spørsmålet om en *tilbakekopling* fra det rettslige til det moralske nivået (rettssystemet til moralsystemet) er plausibelt på dette saksfeltet, mao at den realiteten at Stortinget har inkorporert de sentrale internasjonale menneskerettsinstrumentene i norsk rett også styrker den moralske begrunnelsen for denne beslutningen.

Den tredje moralfilosofiske problemstilling vil jeg etter dette formulere som et spørsmål om det er plausibelt å regne inkorporasjonen av de internasjonale menneskerettighetene i den interne rettsordningen, særlig gjennom vedtakelsen av Grl § 110 c og Menneskerettsloven 1999, for ikke å være forankret i en moralsk stillingtaking til fordel for disse rettighetene, med den konsekvens at inkorporasjonen ikke har betydning for spørsmålet om å oppstille en moralsk plikt til å legge avgjørende vekt på den løsning av et tvistesporsmål som er forenlig med menneskerettighetene.

¹¹ FN's Barnekonvensjon ble først inkorporert tre og et halvt år seinere (lov nr 86/2003), pga hard motstand fra ledelsen i Justisdepartementets lovavdeling. Om bakgrunnen, se *Berg* 2000d.

Uavhengig av svaret på den tredje problemstillingen mener jeg det er interessant å drøfte om det på annet grunnlag kan argumenteres rasjonelt for en moralsk fordring om at enhver rettsavgjørelse må kunne bestå en forenlighetstest med de internasjonale menneskerettighetene for å være rettslig holdbar.

Den fjerde moralfilosofiske problemstillingen vil jeg etter dette formulere som et spørsmål om mulighetene for rasjonell moralfilosofisk begrunnelse av det standpunkt at ingen rettsregeltolking som strider mot de internasjonale menneskerettighetene kan regnes som gjeldende rett.

1.1.3 Grunnantakelsene som pretenderes å gi begrunnbare svar på mine problemstillinger

(1) Innledning

Jeg har valgt å disponere drøftelsen av denne avhandlingens problemstillinger med utgangspunkt i fire «grunnantakelser» som pretenderes å gi argumentativt begrunnbare standpunkter til disse problemstillingene. I empiriske vitenskaper nyttes ofte «hypoteser» som betegnelse for slike språklige uttrykk. I filosofien derimot er betegnelsen «grunnposisjoner» isteden mye brukt. I avsnitt 1.3 nedenfor gir jeg en utdypende erkjennelses- og definisjonsteoretisk forklaring av min viktigste begrepsbruk, og definerer begrepet ‘grunnantakelse’ som ‘et argumentativt begrunnbart standpunkt til et vitenskapsteoretisk, filosofisk eller allment rettsteoretisk grunnproblem i norsk rettsvitenskap’.

I fortsettelsen vil jeg først gjøre kort rede for intensjonen med å organisere drøftelsene med utgangspunkt i disse fire grunnantakelsene, og i den forbindelsen kort gjøre rede for hva jeg mener med «begrunnbare standpunkter». I det følgende avsnitt 1.1.3(2) formulerer jeg grunnantakelsene og gir et sammendrag av den begrunnelsen jeg gir for dem i kapitlene 2 og 3.

Grunnantakelsene hevdes å ha samme logiske status som *hypoteser* (utprøvbare antakelser) innenfor hypotetiskdeduktive metodesystemer og -teorier i vitenskapssamfunnet (*Gullvåg* 1990 s 376 første avsnitt; *Fjelland* 1999 s 97–98). I og med at allmenn rettsteori ikke er en erfaringsvitenskap, vil imidlertid hypotesetestingen av grunnantakelsene ikke være basert på empiriske metoder. Min erkjennelsesteoretiske intensjon er isteden å gi en koherent argumentativ begrunnelse for grunnantakelsenes holdbarhet. Grunnantakelsene er altså ikke *teser* (påstander) med sannhetspretensjon.

Med denne klargjøringen av mitt grunnantakelsesbegrep i bakhodet kan nedenstående uttalelse i Carsten Henrichsens doktoravhandling «Rets-sikkerhed og moderne forvaltning» – *mutatis mutandis*¹² – tjene som ytter-

¹² Henrichsen tok opp spørsmålet om holdbarheten til «teser», ikke til «hypoteser», men for øvrig formulerte han seg på en måte som jeg gir min fulle tilslutning.

ligere utfylling av den vitenskapsteoretiske rammen for opplegget av denne avhandlingen:

«... I rettsvidenskapen må fremsatte teser – af hvilken art de end måtte være – dokumenteres ved *argumentation*, der som sådan tilstræber at *overbevise* om – ikke rigtigheden – men frugtbarheden af de fremsatte antagelser. Målestokken for de fremsatte tesers “holdbarhed” er således til syvende og sidst deres evne til at forklare den samfundsmæssige problematik på en overbevisende måde, foruden de kvaliteter, som de måtte besidde i henseende til at åbne for praktisk brugbare løsninger på aktuelle problemer.» (Henrichsen 1997 s 41 første avsnitt.)

Jeg foretrekker å bruke betegnelsen (termen) «grunnantakelse» istedenfor «hypotese», i første rekke fordi den hittil har vært lite brukt i Norge. Terminologivalget er inspirert av den etymologisk identiske svenske betegnelsen, «grunnantagande», som ble benyttet av Peczenik 1995 (s 320 flg avsnitt 4.5) i hans presentasjon og vurdering av bl.a. paradigmebegrepet i rettsvitenskapen. «Grunnantakelse» konnoterer (ut fra mine intuisjoner) i større grad enn «hypotese» et problem av grunnleggende karakter. Terminologivalget har altså både en praktisk og pedagogisk side.

(2) *Mine fire grunnantakelser – og sammendrag av begrunnelsen jeg gir for dem i kapitlene 2 og 3 nedenfor*

I kapittel 2 formulerer og begrunner jeg to vitenskapsteoretiske grunnantakelser. Den første grunnantakelsen lyder slik:

- Den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning må formuleres som et krav om (i) analytisk sjølstendighet og argumentativt etterprøvbart holdbarhet i forhold til oppnådde resultater, og (ii) tilstrekkelig beherskelse av forskningsmetode og forskningsteori.

Denne grunnantakelsen er mitt begrunnbare standpunkt til *den første vitenskapsteoretiske problemstillingen* i avsnitt 1.1.2(2.2) foran, om hva som bør være vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning i Norge, altså om rettsvitenskapen, bortsett fra å forholde seg til gjeldende forskrifter for doktorgradsbedømmelser, har en tilstrekkelig avklart – og utad kommunisert – forståelse av vitenskapelighetskravet, metodologisk og substansielt. Etter at de logiske empiristenes program for en enhetsvitenskap, basert på en teori om verifisering av såkalte atomære protokollsetninger, mistet sin tiltrekningskraft kort etter andre verdenskrig, har man i vitenskapsteorien gradvis samlet seg om det syn at det *ikke* er meningsfylt å formulere vitenskapelighetsnormen som et krav til forskningens substans, eller som et krav til forskningsresultaters sannhet (ontologisk objektivitet). Isteden må vitenskapelighetskravet knyttes til forskningens metodologiske aspekter. Min grunnantakelse formulerer en syntese av denne utviklingen i den allmenne vitenskapsteorien og gjeldende regler for doktorgradsbedømmelse

på Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo. I denne forbindelse reiser jeg bl.a. også spørsmålet om det unntak fra det alminnelige offentlighetsprinsippet som omgir bedømmelser for ansettelse i vitenskapelige stillinger, kan forsvares ut fra internasjonalt anerkjente vitenskapsetiske kriterier og formålet med den metodologiske vitenskapelighetsnormen.

Den andre vitenskapsteoretiske grunnantakelsen lyder slik:

- Det overordnede forskningsidealet for rettsvitenskapere må være å utøve verdi- og argumenttransparent forskningsaktivitet, det vil si å tydeliggjøre (i) verdimeslige forutsetninger, verdivalg og verdievaluerende synspunkter, og (ii) normforeskrivende elementer, i alle ytringer om gjeldende rett og den juridiske argumentasjonsteorien.

Denne grunnantakelsen er mitt begrunnbare standpunkt til *den andre vitenskapsteoretiske problemstillingen* i avsnitt 1.1.2(2.2) foran, om (i) det for norske rettsvitenskapere er overveiende grunner til å forkaste den skandinaviske rettsrealismens domstolspraksisbeskrivende vitenskapsideal; og, hvis svaret på (i) er ja, om (ii) det da er overveiende grunner til å oppstille et normforeskrivende (normativt) vitenskapsideal for rettsvitenskapen; eller om (iii) skoen egentlig trykker et helt annet sted – som et behov for tydeliggjøring av verdipremisser og normforeskrivende elementer i forskningen. Forskningsidealet om å utøve verdi- og argumenttransparent forskningsaktivitet er et forsøk på en videreutvikling av idealet om verdifri forskning, slik dette har vært diskutert i store deler av det 20. århundre, med en konkretisering som reflekterer rettsvitenskapens særpreg i forhold til andre vitenskaper. Sentralt i argumentasjonen står tre synspunkter: *for det første* det syn at «gjeldende rett» ikke kan årsaksforklares på en meningsfull måte, og at enhver framstilling av gjeldende rett følgelig må være forankret i verdimeslige forutsetninger, verdivalg eller verdievaluerende synspunkter, forankret i en forståelse av rettsavgjørelser som intensjonale talehandlinger; *for det andre* det syn at rettsvitenskapelig forskning, i likhet med annen samfunnsfaglig og humanistisk forskning, ikke kan utøves uten at utøveren er deltaker i, ikke bare tilskuer til, sitt forskningsobjekt; *for det tredje* det syn at rettsoppfatninger i form av rettsvitenskapelig og annen juridisk litteratur i flere tiår uomstridt har vært regnet som relevant argumenttype («rettskildefaktor»), og at dette innebærer en særpreget institusjonalisering av rettsvitenskaperes deltakerrolle i rettsordningen.

Med grunnantakelsen tilsikter jeg å gjenreise rettsvitenskapen som verdibevisst, kritisk sjøreflekterende vitenskap – noe som med litt velvilje kan tolkes som den underliggende premiss for Doublet og Bernts parole fra 1993 om en nynormativistisk reorientering i norsk rettsvitenskap. Intensjonen er at grunnantakelsen vil gi denne målsettingen et mer håndgripelig og operativt innhold enn det parolen om å gjøre rettsvitenskapen «(ny)-normativ» gjør. Idealet om en domstolspraksisbeskrivende rettskildelære slik Eckhoff formulerte det i tradisjonen etter Ross bør etter min mening oppgis, men uten at man oppgir Eckhoffs dristige ambisjon om å tyde-

liggjøre skillet mellom erkjennelsesspørsmål og vurderingsspørsmål under rettsanvendelsen.

I kapittel 3 formulerer og begrunner jeg to moralfilosofiske grunnantakelser om sammenheng mellom rett og moral. Den første grunnantakelsen, om *formell* sammenheng mellom rett og moral, lyder slik:

- En urimelig (urettferdig) avgjørelse av et rettsspørsmål kan ikke regnes som gjeldende rett.

Denne grunnantakelsen er mitt begrunnbare standpunkt til de to første moralfilosofiske problemstillingene i avsnitt 1.1.2(2.3) foran: *den første problemstillingen* om det er plausibelt å fastholde den såkalte separasjonstesens, altså at det ikke er noen begrepsmessig (definitorisk) sammenheng mellom rett og moral, trass i at rimelighetshensynet faktisk har en betydelig forankring i gjeldende rett; og *den andre problemstillingen* om mulighetene for rasjonell moralfilosofisk begrunnelse av det standpunkt at ingen urimelig (urettferdig) avgjørelse av et rettsspørsmål kan regnes som gjeldende rett. Grunnantakelsen er formell, fordi jeg ikke oppstiller materielle (innholdsmessige) kriterier for avgjørelsen av hva som er en rimelig rettsavgjørelse.

Begrunnelsen for grunnantakelsen har forankring i tre velkjente moralfilosofiske posisjoner, og dessuten én moralfilosofisk argumentasjonslinje som baserer seg på den faktiske plassen som rimelighetshensynene har i den norske rettsordningen:

Den første moralfilosofiske begrunnelsen er forankret i en nylesning av universaliseringsmaksimen i Kants moralfilosofi. Denne nylesningen er inspirert av en passus i Eckhoffs «Rettskildelære», hvor Eckhoff anbefalte rettsanvendere å basere løsningen av vanskelige saker (saker uten klare rettslige holdepunkter) på hensynet til hva som er den konkret rimeligste løsningen, ikke hva som generelt kunne tenkes å være den beste regelen.

Den andre moralfilosofiske begrunnelsen er forankret i deler av Rawls' teori om rettferdighet som rimelighet, dvs hans tro på autonome individers rettferdighetssans i et pluralistisk konstitusjonelt demokrati kan være et godt grunnlag for avtalebasert enighet om kontroversielle tvistesporsmål, forutsatt at man tar utgangspunkt i en tenkt opprinnelig posisjon, hvor aktørene bak et slør av uvitenhet om egen faktisk posisjon i samfunnet kan diskutere seg fram til overlappende enighet om konkrete løsninger.

Den tredje moralfilosofiske begrunnelsen er forankret i allmenmmoralen, herunder det faktum at idealet om rimelige løsninger på rettstvister har røtter helt tilbake til romerretten.

Den fjerde moralfilosofiske begrunnelsen bygger på føringene fra en rettsdogmatisk dokumentasjon av rimelighetshensynenes faktiske forankring som gjeldende rett i Norge – som argumenttype (rettskildefaktor), lovfastsatt rettsregel og som domstolskapt rett. Drøftelsen munner ut i den konklusjon at separasjonstesens knapt kan hevdes å være et gjeldende argumentasjonsteori-prinsipp (rettskildeprinsipp) i norsk rett.

At grunnantakelsen ikke er uforenlig med gjeldende rett, hevdes ikke å være en tilstrekkelig begrunnelse av den, verken rettslig eller moralfilosofisk. Det er den moralfilosofiske begrunnelsen som anføres å legitimere sammenhengstesens som et gjeldende (uskrevet) argumentasjonsteoriprinsipp i norsk rett, så langt dette trengs for å begrunne grunnantakelsen.

Den andre grunnantakelsen, om materiell sammenheng mellom rett og moral, lyder slik:

- En rettsavgjørelse som (i) ikke er forenlig med de internasjonale menneskerettighetene eller (ii) ikke fremmer gjennomføringen av dem, kan ikke regnes som gjeldende rett.

Denne grunnantakelsen er mitt begrunnbare standpunkt til de to siste moralfilosofiske problemstillingene i avsnitt 1.1.2(2.3) foran: *den tredje moralfilosofiske problemstillingen* om det er plausibelt å regne inkorporasjonen av de internasjonale menneskerettighetene i den interne rettsordningen, særlig gjennom vedtakelsen av GrL § 110 c og Menneskerettsloven 1999, for ikke å være forankret i en moralsk stillingtaking til fordel for disse rettighetene, med den konsekvens at inkorporasjonen ikke har betydning for spørsmålet om å oppstille en moralsk plikt til å legge avgjørende vekt på den løsning av et tvistesporsmål som er forenlig med menneskerettighetene; og *den fjerde moralfilosofiske problemstillingen* om mulighetene for rasjonell moralfilosofisk begrunnelse av det standpunkt at ingen rettsregeltolking som strider mot de internasjonale menneskerettighetene kan regnes som gjeldende rett. Min grunnantakelse innebærer at rettsanvendere i Norge får *en moralsk forpliktelse* til å legge den menneskerettslige løsningen til grunn i enhver rettsvist hvor menneskerettslige regler er involvert, uten hensyn til hvilken løsning som måtte være foreskrevet i internretten – også ved villet motstrid fra Stortingets side. Denne forpliktelsen hevdes å overtrumfe de ellers gjeldende argumenttypene; grunnantakelsen er altså forankret i det standpunkt at sammenhengstesens gjelder for denne.

Begrunnelsen for grunnantakelsen har forankring i tre reinte moralfilosofiske posisjoner og to moralfilosofisk argumentasjonslinjer basert henholdsvis på den allerede nevnte konklusjonen om at separasjonstesens knapt kan hevdes å være gjeldende rett, dels på den faktiske plassen som de internasjonale menneskerettighetene har i den norske rettsordningen:

Den første *moralfilosofiske* begrunnelsen er forankret i en pluralistisk moralposisjon om hvert enkelt menneskes iboende verdighet og om menneskeverdens ukrenkelighet.

Den andre moralfilosofiske begrunnelsen er forankret i Amartya Sens teori om rettigheter som mulighetsbetingelser for handling.

Den tredje moralfilosofiske begrunnelsen er forankret i allmennmoralen, dvs samme grunnlag som i forhold til den første moralfilosofiske grunnantakelsen.

Den fjerde moralfilosofiske begrunnelsen er basert på det standpunkt at separasjonstesens knapt kan hevdes å være gjeldende rett i Norge.

Den femte moralfilosofiske begrunnelsen er forankret i moralske føring-er fra sentrale internasjonale menneskerettigheters faktiske forankring som gjeldende rett i Norge.

Jeg hevder en såkalt «svakt kognitivistisk» grunnposisjon som forutset-ning for mine moralfilosofiske grunnantakelser. Denne forutsetningen betyr at vi riktignok ikke kan *erkjenne* hva som er riktig og galt (godt eller dår-lig), men like fullt kan føre en meningsfylt diskusjon om, og rasjonelt be-grunne, hva som er moralske holdbarhetskriterier for nærmere angitte hand-lingsanvisninger (forbud, påbud, tillatelser mv).

Jeg hevder *ikke* at det er noen nødvendig sammenheng mellom de fire grunnantakelsene, se nærmere avsnitt 1.3.1(2) nedenfor.

I *kapittel 4* oppsummerer jeg konklusjonene i kapitlene 2–3 og skisserer enkelte problemer for et videre postrettsrealistisk forskningsprogram.

1.2 Avgrensninger mv

1.2.1 Hva jeg ikke tar opp

Ut fra min angivelse av avhandlingens tema, problemstillinger og grunnan-takelser i avsnitt 1.1 ovenfor er det i utgangspunktet gitt klar nok informa-sjon om hva jeg ikke tar opp i dette arbeidet. Det forhold at jeg verken tar opp erkjennelsesteoretiske eller ontologiske problemstillinger fortjener imidlertid en kort begrunnelse – for det er etter mitt syn udiskutabelt at sli-ke problemstillinger hører hjemme i et postrettsrealistisk forskningspro-gram for norsk rettsvitenskap. Når jeg ikke har funnet plass til slike prob-lemstillinger i avhandlingen her, har det sammenheng med de rammebegrensningene som er gitt fra Det juridiske fakultet ved Universite-tet i Oslo, hvorefter et sidetall på 200–300 sider holdes fram som mønster-gyldig, og for tida 500 sider er oppstilt som avhandlingers maksimallengde (med ytterligere begrensning til maks 400 sider for avhandlinger som leve-res fom høsten 2009).

I kapittel 4 nedenfor har jeg angitt de erkjennelsesteoretiske og ontolo-giske problemstillingene jeg anser som de mest sentrale, aktuelle forsk-ningsoppgaver i norsk allmenn rettsteori de nærmeste åra.

1.2.2 Avhandlingens ajourføringsstatus i forhold til høyes-terettspraksis, allment rettsteoretisk litteratur mv

Jeg har tatt sikte på å være à jour med norske høyesterettsavgjørelser per 30.6.2007. Per samme tidspunkt har jeg forsøkt å være à jour med tilkomne bidrag i norsk allment rettsteoretisk og juridisk argumentativ litteratur.

I forhold til slik litteratur i de øvrige nordiske og andre land har jeg ikke kunnet ha noen tilsvarende ambisjon verken om fullstendighet eller å jourhold: til det har flommen av tilgjengelig materiale – ikke minst gjennom vårt fakultetsbiblioteks stadig mer omfattende tjenester av tidsskrifter tilgjengeliggjort på nettet (ofte fra de aller første utgavene seint på 1800-tallet) – vært for overveldende. Mine utvalgskriterier i forhold til denne litteraturen har vært styrt av min oppfatning av hva som for tida er vesentlige rettsteoretiske og juridisk argumentative problemstillinger i vår del av verden, noe som reflekteres i det som hevdes og ikke hevdes i avhandlingen.

I forhold til vitenskapsteoretisk og filosofisk litteratur har jeg valgt å forholde meg til strømninger og tenkere, i Norge og i utlandet, som har stått sentralt i vår nære fortid eller står sentralt i samtida. Ut fra mine problemstillinger (avsnitt 1.1.2 ovenfor) ville det ikke hatt noe for seg å gå inn i forskningsfronten i de forskjellige vitenskapsteori- eller filosofidisiplinenes underdisipliner, og forsøke å flytte frontene på ett eller flere av disse områdene. Men jeg har lett med lys og lykte (først og fremst i norsk litteratur) etter vitenskapsteoretikere og filosofer som *utenfor* kretsen av rettsvitenskapere har adressert rettsteoretiske problemstillinger. Fangsten har imidlertid vært særdeles mager. Allmenn rettsteori i Norge er fortsatt en særdeles smal disiplin, både vurdert ut fra faginterne betraktninger (jf oversikten i avsnitt 1.1.1 foran), og vurdert i forhold til fraværet av interesse for allmenn rettsteori blant vitenskapsteoretikere og filosofer ellers utenfor rettsvitenskapernes krets.

1.3 Begrepsdefinisjoner og klargjøring ellers av grunnleggende betegnelser

1.3.1 Innledning

(1) *Begrepsdefinisjonenes erkjennelsesteoretiske status*

Når det gjelder begrepsdefinisjonen av betegnelsen (termen)¹³ «grunnantakelse» og klargjøringen ellers av andre grunnleggende betegnelser i denne avhandlingen, har jeg valgt å ta utgangspunkt i definisjonsteorien i Svein Engs «U/enighetsanalyse» (1998). Eng videreførte den begrepsanalytiske linje i rettsteoretiske doktoravhandlinger på Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo, som Nils Kristian Sundby hadde streket opp en mannsalder tidligere, i «Om normer» (1974). Trass i at min avhandling ikke har et begrepsanalytisk siktemål (jf avsnitt 1.1.1 foran), er det mitt syn at den begrepsanalytiske tilnærmingen, som i Norge i første rekke knyttes til Arne

¹³ Jeg benytter her betegnelsene «betegnelse» eller «term» istedenfor det flertydige ordet «ord», i tråd med Baune 1993 (s 17–18 pkt 3).

Næss og filosofmiljøet rundt ham, er fruktbar både i forhold til den erkjennelsesteoretiske og den framstillingsmessige siden ved avhandlingens grunnleggende synspunkter.

Siktemålet med de begrepsdefinisjonene jeg gir i fortsettelsen kan med ordene til Baune hevdes å være «å kunne si kort og oversiktlig hva som ellers ville bli langt og komplisert» (1993 s 126 femtesiste avsnitt). Med henblikk på grunnantakelsene jeg formulerte i avsnitt 1.1.3(2) kan siktemålet presiseres til å muliggjøre en drøftelse av deres argumentative begrunnbarhet, og dermed deres fruktbarhet i en norsk rettsvitenskapelig kontekst. En erkjennelsesteoretisk forankring, i den betydning man i erkjennelsesteorien tradisjonelt definerer 'kunnskap' – som 'begrunnet, sann tro', på engelsk 'justified true belief'¹⁴ – nødvendiggjør imidlertid ytterligere klargjøring:

Eng 1998 formulerte følgende om den erkjennelsesteoretiske statusen til den begrepstypen som er aktuell i sammenhengen her, se nærmere avsnitt 1.3.2 straks nedenfor, de normforeskrivende (normative) definisjonene:

«... De ulike forståelsene konstitueres gjennom våre normative definisjoner. – Ved oppstilling av og valg mellom normative definisjoner må man altså søke kriterier andre steder enn i logikken eller i hensynet til sannhet.

... Oppstilling av valg mellom normative definisjoner er en funksjon av våre interesser ... og av den tilknytning det fenomen som skal [s 391] karakteriseres har til disse interesser ...» (Eng 1998 s 390 nestsiste avsnitt flg. Engs kursivering fjernet.)

Dette utsagnet er jeg i utgangspunktet ikke uenig i. Standpunktet synes å ha solide røtter i den analytiske filosofitradisjonen. Den svenske filosof og rettsteoretiker Lars Lindahl har f.eks. hevdet følgende om dette spørsmålet:

«... Valet mellan olika konstruktioner [av begrepp] beror på vilka samband det anses väsentligt att uttrycka i den teori där begreppet används ...» (Lindahl 1985 s 45 nestsiste avsnitt.)¹⁵

Jeg kan i utgangspunktet også tiltre dette synspunktet. Til Engs og Lindahls synspunkter vil jeg imidlertid tilføye, med utgangspunkt i den tradisjonelle kunnskapsdefinisjonen rett foran, at valget av definisjonsteori med tilhørende begrepskonstruksjoner ofte vil reflektere den *sannhetsteori* man bygger på, og her vil jeg i tilslutning til Glanzberg 2006 grovinndeles sannhetsteoriene i (i) korrespondanseteorier, (ii) koherensteorier og (iii) pragmatiske teorier: Kategori (i) omfatter bl.a. Aristoteles, Aquinas, Decartes, Spinoza, Hume og Kant, og i det 20. århundre Moore, Russell, de logiske empiristene og Ross (prognoseteorien i «Om ret og retfærdighed»). Kategori (ii) har en langt mindre «prominent» fortid enn korrespondanseteorien. Den sannhetsteorien er bl.a. kjent i engelsk idealistisk filosofi på slutten av 1800-

¹⁴ Se Dancy 1985 (s 23–25); Lehrer 1992 (s 13–16); Blackwell Companions ... Epistemology 1992 (s 396–401 oppslagsordet «propositional knowledge»; s 509 oppslagsordet «tripartite definition of knowledge»); og Cambridge Dictionary of Philosophy 1999 (s 273–78 oppslagsordet «epistemology»).

¹⁵ Dette Lars Lindahl-sitatet har jeg funnet hos Peczenik 1997 (s 796 første spalte avsnitt (iii)).

tallet, som Moore og Russell distanserte seg fra, men i vår tid først og fremst representert av de tyske diskursteoretikerne Apel, Habermas og Alexy. Her i Norden er det særlig Aarnio og Peczenik som knyttes til koherensteorier. Kategori (iii) omfatter først og fremst nordamerikanske filosofer fra tidlig 1900-tall og framover, med Peirce, Dewey, James og (i vår tid) Haack som kjente navn.

En tverrgående inndeling i forhold til den nevnte grovinndelingen er en inndeling i basistrobaserte og ikke-basistrobaserte erkjennelsesteorier (engelsk: *foundationalism* og *non-foundationalism*).¹⁶ Flere av de teoriene i kategori (i) ligger nær opp til det man vanligvis forstår med henholdsvis aksiomatiske og ikke-aksiomatiske erkjennelsesteorier.¹⁷ Descartes' «cogito ergo sum» («jeg tenker, altså er jeg») er et eksempel på en slik basistrobasert erkjennelsesteori; Kants begrep om apriorisk erkjennelse er et annet. Mange former for empirisme kan også plasseres i denne kategorien. Hovedargumentet for en basistrobasert erkjennelsesteori er at den gir en effektiv løsning på uendelig regress- og sirkularitetsparadoksene som de ikke-basistrobaserte teoriene konfronteres med.

I og med at begrepene jeg definerer i avsnitt 1.3.2 og 1.3.3 nedenfor ikke er vesensdefinisjoner, men nominaldefinisjoner (regelgivende definisjoner) uten sannhetspretensjon, er det ikke nødvendig å gå dypere ned i sannhetsspørsmålet her. Min overordnede erkjennelsesinteresse er grunnantakelsenes «fruktbarhet» som begrunnbare hypoteser om grunnproblemer i den norske rettsordningen. Etter mitt syn er det imidlertid kategori (ii)- og (iii)-teoriene som har mest for seg i en rettsteoretisk kontekst, og på en ikke-basistrobasert plattform. For øvrig viser jeg til sannhetsspørsmåldrøftelsen i tilknytning til de respektive grunnantakelsene, dvs til kapittel 2 avsnitt 2.2.1(3.2) nedenfor, hvor kriteriet «argumentativ etterprøvbare holdbarhet» i den første vitenskapsteoretiske grunnantakelsen drøftes, og til kapittel 3 avsnitt 3.1.2(2) nedenfor, hvor jeg redegjør for min svakt nonkognitivistiske moralfilosofiposisjon.

Ved å formulere fire grunnantakelser som dreiepunkt for denne avhandlingens drøftelser har jeg truffet et *valg*, blant flere mulige, for opplegget av avhandlingen. At et valg må treffes, er vitenskapsteoretisk ukontroversielt, så sant man ikke bygger på en basistrobasert sannhetsteori, fordi et valg da må regnes som uomgjengelig for å kunne komme videre i drøftelsen. Jeg vil i denne sammenheng vise til, og slutte meg til, følgende utsagn fra den seine Wittgensteins¹⁸ «Über Gewissheit/On Certainty»:

¹⁶ Se Dancy 1985 (53–84); *Blackwell Companions ... Epistemology* 1992 (s 144–47 oppslagsordet «foundationalism»).

¹⁷ Om aksiomatisk tenkning, se nærmere avsnitt 1.3.1(2) pkt (i) rett nedenfor.

¹⁸ Den tidlige Wittgenstein var som forfatteren «Tractatus logico-philosophicus» (1921, pkt 2, særlig pkt 2.04) en klar talsperson for en korrespondanseteori om sannhet basert på logisk atomisme.

«115. Wer an allem zweifeln wollte, der würde auch nicht bis zum Zweifel kommen. Das Spiel des Zweifels selbst setzt schon die Gewißheit voraus.» (Wittgenstein 1969 s 18).¹⁹

Fjelland 1999 (s 62 flg) har, på samme måte som Wittgenstein, hevdet at vitenskapere ikke kan definere alt: man må enten (i) forankre sin forskning i en sirkeldefinisjon, (ii) akseptere at definisjonene danner en uendelig rekke (uendelig regress), eller (iii) starte med noe udefinert. Det vitenskapsteoretiske problemet som Fjelland her formulerte, er kjent som «Münchhausen-trilemmaet», opprinnelig formulert av den tyske vitenskapsteoretikeren og Popper-eleven *Hans Albert* i «Traktat über kritische Vernunft» (1980 s 11–15).²⁰ Alberts og Fjellands sannhetsteoretiske syn er altså utpreget ikke-basistrobasert. Som Wittgenstein, Albert og Fjelland velger også jeg «noe udefinert» – og lar dette være siste ord i min innledende redegjørelse for begrepsdefinisjonenes erkjennelsesteoretiske status.

Det kan for øvrig være grunn til å framheve at Eng 1998 (s 277 nestsiste avsnitt flg) sjøl anbefalte å definere utsagn om det han betegnet som «problematiske» erkjennelsesteoretiske eller ontologiske posisjoner som «karakteristikker». Dermed blottstilte Eng kanskje det filosofisk mest diskuterte i hele prosjektet med å sonde mellom utsagnstypene «definisjoner» og «karakteristikker»: at det – ut fra dette forbeholdet – ikke er enkelt å overskue hva man oppnår med todelingen av utsagnstyper i «definisjoner» og «karakteristikker» (sistnevnte utsagnstype ble altså av Eng definert som en restkategori som fanger opp alt som ikke er definisjoner). Under Engs doktordisputas i 1996 ble dette spørsmålet brakt opp av andreopponenten, Dagfinn Føllesdal, som bl.a. påpekte at den seinere Quine hadde inntatt det standpunkt at det bare var hensiktsmessig å operere med én utsagnstype, nemlig karakteristikker.

(2) Vitenskapsteoretiske utgangspunkter for øvrig

Det metodologiske kjernespørsmålet i forhold til mitt valg av grunnantakelser er altså etter mitt syn om dette valget kan regnes som *fruktbart*, noe som langt på vei må regnes som et praktisk spørsmål, knyttet til (a) formuleringen av, og (b) den argumentative begrunnelsen for mine grunnantakelser.

Jeg vil framheve to ytterligere konsekvenser av mine begrepsdefinisjoners erkjennelsesteoretiske status:

(i) Den første konsekvensen er at jeg *ikke* benytter grunnantakelsene som 'aksiomer' eller 'postulater', slik Føllesdal og Walløe 2000 (s 38–45) og Fjelland 1999 (s 72–77) forklarer Aristoteles' og Euklids forståelse av disse begrepene, dvs henholdsvis som generelle eller spesielle – og sjølinnlysende (apriorisk) sanne – utgangspunkter for utledning av logisk forankret kunnskap. Jeg pretenderer tvert imot at mine grunnantakelser ikke har noen

¹⁹ På engelsk, i utgivernes egen oversettelse: «115. If you tried to doubt everything you would not get as far as doubting anything. The game of doubting itself presupposes certainty.»

²⁰ I Alberts egen framstilling var uendelig regress-alternativet plassert først. Noen praktisk forskjell kan jeg ikke se at dette gjør.

annen og sterkere holdbarhet enn en argumentativ holdbarhet. Men mine grunnantakelser hevdes å legge føringer, til dels av vesentlig betydning, både for rettsvitenskapelig forskning og for praktisk rettsanvendelse.

(ii) Den andre konsekvensen er at grunnantakelsene *verken hver for seg eller samlet* skal forstås som et 'paradigme', i den hovedbetydning Thomas S. Kuhn lanserte i 1962, og seinere presiserte det. Standardformuleringen – her den leksikalske forklaringen – av Kuhns paradigmebegrep lyder ifølge «The Cambridge Dictionary of Philosophy» slik:

«... a set of scientific and metaphysical beliefs that make up a theoretical framework within which scientific theories [s 642] can be tested, evaluated, and if necessary revised.» (*Enc* 1999 s 641–42.)

Slik jeg oppfatter denne forklaringen av Kuhns paradigmebegrep, er sammenfallet med oldtidens aksiom-begrep påtakelig når det gjelder det forhold at begrunnbarhet *ikke* inngår i angivelsen av rammer for utfoldelse av vitenskapelig aktivitet innenfor et forskerfellesskap. Dermed fungerer dette paradigmebegrepet dårlig for mine formål her i avhandlingen.

Kuhns paradigmebegrep framstår ikke som mer velegnet som alternativ eller supplement til mitt grunnantakelsesbegrep, om man istedenfor å nøye seg med den generelle formuleringen som *Enc* 1999 ga av begrepet, går nærmere inn på hvordan Kuhn sjøl formulerte paradigme-begrepet. Kuhn foretok i et etterskrift til 1969-utgaven av «The Structure of Scientific Revolutions» en viktig nyansering av paradigmebegrepet, gjennom å påpeke og forklare to hovedbetydninger av dette. Den ene hovedbetydningen ble betegnet som «the disciplinary matrix», og skulle konnotere «the entire constellation of beliefs, values, technologies, and so on shared by the members of a given community». Den andre hovedbetydningen ble betegnet som «puzzle-solutions, employed as models or examples», som passet for å karakterisere den vitenskapelige normalaktiviteten («normal science») i de lange tidsperiodene hvor et paradigme legges udiskutert til grunn (*Kuhn* 1996 s 174–91).

Kuhn listet opp fire karakteristika ved en forskerfellesskapsmatrise: 1) symbolske generaliseringer («symbolic generalizations»), 2) metafysiske deler / felles forpliktelser hva angår kunnskapsforankret tro («metaphysical parts» / «shared commitments to beliefs»), 3) verdier («values») og 4) delte eksempler («shared examples»). Det sistnevnte punktet var ifølge *Kuhn* 1996 (s 187 siste avsnitt) det viktigste.

Forenklet gjengitt synes Kuhn med dette å ha ment at paradigmebegrepet enten kan defineres *generelt* som det samlede knippet av standpunkter til kunnskaps- og verdispørsmål som er konstituerende for vitenskapere innenfor en vitenskapsdisiplin, eller *konkret* gjennom én eller flere modeller eller eksempler som karakteriserer vedkommende vitenskapsdisiplin.

Kuhns paradigmebegrep har bare i beskjedent grad vært behandlet i norsk rettsvitenskapelig diskurs. *Bernt og Doublet* 1998 (s 158–60) er det eneste arbeidet som skiller seg ut, gjennom å problematisere Kuhns teori om *paradigmeskifter*, altså hvordan ett paradigme avløses av et annet. Det karakteristiske i Kuhns teori, som også overskriften i hans arbeid bar bud om, er det synspunkt at grunnleggende skifter i et forskerfellesskaps delte oppfatninger skjer brått, gjennom en revolusjon. En slik beskrivelse ville passe dårlig på utviklingen i rettsvitenskapen, hevdet *Bernt og Doublet* 1998

(s 158 siste avsnitt flg). Bernt og Doublet viste i denne forbindelse til Aulis Aarnio, som hadde gitt uttrykk for det syn at rettsdogmatisk utvikling ikke bare burde betraktes som en diskontinuerlig prosess, men også som vitenskapelig vekst (1981 s 56 siste avsnitt). Bernt og Doublets eget syn (samme sted) var at verken rettsrealismens inntog eller eventuelle oppløsning kunne forklares gjennom begreper som paradigmeskifter, fordi teoriendringene i rettsvitenskapen «skjer nærmest umerkelig». Derfor mente Bernt og Doublet at Niklas Luhmanns begrep om «teorisubstitusjon» ga en bedre modell for forståelsen av rettsvitenskapelig utvikling (1998 s 160 første avsnitt flg). Karakteristisk for endringsprosessen ifølge Luhmann, fortsatte Bernt og Doublet, var at a) nyskaping framstiller seg som del av det allerede eksisterende systemet, og b) at den teoretiske endringen først erkjennes som endring etter at den er gjennomført og har fått sin betydning for systemet.

Spørsmålet om det er Kuhns eller Luhmanns synspunkter om grunnleggende skifter i forskerfellesskapers delte oppfatninger som er de mest fruktbare, går jeg ikke nærmere inn på, fordi det faller utenfor den ramme jeg har valgt for dette arbeidet.

Bortsett fra behandlingen hos *Bernt og Doublet* 1998 fins kun spredte eksempler i norsk rettsvitenskap på bruk av paradigmebetegnelsen, og da i en mer dagligspråktilpasset betydning, altså som en mer eller mindre vel-plassert metafor for rettsvitenskapens eller rettsdogmatikkens grunnleggende standpunkter. Et par eksempler hadde disse forfatterne sjøl gitt noen år tidligere i andreutgaven til deres fellesarbeid «Retten og vitenskapen»:

«... Eckhoffs teoretiske åpning av rettskildebildet ved læren om en rekke ulike rettskildefaktorer, herunder “reelle hensyn”, kan ses som et klassisk eksempel på et paradigmeskifte på et punkt i utviklingen hvor det gamle paradigme er så fullt av indre motsetninger og modifikasjoner at det så å si bare står og venter på å bli skjøvet over ende. ...» (*Doublet og Bernt* 1993 s 167 note 1.)

«... Eckhoffs rettskildelære og rettsteori er uttrykk for en vitenskapsmodell som i realiteten sprenger rammene for det rettsrealistiske paradigme. ...» (*Doublet og Bernt* 1993 s 167 siste avsnitt.)

Brukt på denne måten blir paradigme-begrepet nærmest å forstå som et *verdigrunnlag* – mer eller mindre klart formulert – for den vitenskapsteoretiske og rettsteoretiske aktiviteten. Dersom man hever blikket ut over en norsk rettsvitenskapelig horisont, gir Staffan Westerlunds bok «En hållbar rättsordning. Rättsvetenskapliga paradigmet och tankevärdor» fra 1997 et godt eksempel på slik bruk av paradigmebetegnelsen. Westerlund brukte betegnelsen som en udefinert ramme for sitt standpunkt om at det miljørettslige prinsippet om bærbar (bærekraftig) utvikling vil framtvinge en grunnleggende omvurdering av grunnleggende rettsprinsipper og tradisjonell rettsvitenskapelig metode (1997 s 157–70).

Mens «forskerfellesskapsmatrisen» av Kuhn i det nevnte etterskriftet fra 1969 var blitt lansert som en *alternativ* definisjon av paradigmebegrepet, tolket Aarnio i 1997 ham

slik, basert på samlesing av dette arbeidet og Kuhns «The Essential Tension» (1977), at «paradigme» skulle regnes som et *underbegrep* av matrisebegrepet (Aarnio 1997 s 79 tredje avsnitt). Dermed kunne Aarnio hevde den ellers nokså kontrainuitive påstand at «[t]he doctrinal history of European (Continental) legal thought, at least since *von Savigny*, would suggest that the basic matrix of legal dogmatics has remained the same all the time that legal dogmatics in its present-day forms had been conducted ...» (1997 s 81 siste avsnitt). Og i forlengelsen av denne definisjonen nevnte Aarnio henholdsvis begrepsjurisprudens, interessejurisprudens og rettsrealisme som eksempler på forskjellige paradigmer innen forskerfellesskapsmatrisen (1997 s 85 andre avsnitt flg).

Fordelen med Aarnios spissing av paradigmebegrepet er at man da med større stringens kan omtale f.eks. «det rettsrealistiske paradigmet». Man gjør mao paradigmebegrepet mer operativt innenfor en rettsvitenskapelig kontekst. Men jeg stiller meg likevel tvilende til om det er egnet til å bringe rettsvitenskapens vitenskapsteoridiskusjon framover å hevde, slik Aarnio gjorde, at rettsvitenskapens forskerfellesskapsmatrise har ligget fast siden Savignys dager.

Sammenfatningsvis synes det å være grunnlag for å hevde om paradigmebegrepet at dette, definert litt løselig som ‘et vitenskapelig forskerfellesskaps grunnleggende erkjennelses- og verdigrunnlag’, kan ha en fruktbar funksjon i vitenskapsteorien, iallfall som et analytisk verktøy ved studier av de store linjer i den vitenskapsteoretiske utvikling. Men som jeg åpnet med i denne redegjørelsen anser jeg det for mindre treffende å nytte paradigmebetegnelsen om mine grunnantakelser, fordi begrunnbarhet ikke inngår som et vilkår ved den mest utbredte begrepsdefinisjonen.

1.3.2 Definisjon av begrepene ‘definisjon’, ‘normforeskri-vende’ og ‘begrep’

Begrepet ‘definisjon’ definerte Eng 1998 (s 28 første avsnitt og s 61 første avsnitt) slik:

- Med ‘definisjon’ mener jeg ‘et utsagn som bidrar til å fastlegge språklige størrelses betydning (begreper)’.

Denne definisjonen legger også jeg til grunn. Ordstrengen «bidrar til» i definisjonen påkaller en nærmere forklaring, for ofte forventer man at definisjoner skal angi nødvendige og tilstrekkelige betingelser for at noe skal falle innenfor definisjonen. Engs begrunnelse var slik:

«... *Hovedgrunnen* er at jeg først og fremst ønsker å bidra til innsikt i hvordan man faktisk går fram, når man i dagligspråklig formulert analyse og argumentasjon fastlegger språklige størrelses betydning (begreper); ikke å argumentere for hvordan slike utsagn bør, skal eller må være for å tilfredsstille et filosofisk eller logisk system. ...» (Eng 1998 s 65 andre avsnitt.)

Et stykke på vei kan jeg følge Engs grunngeving, men for meg har det utslagsgivende for å benytte dette definisjonsbegrepet likevel vært nettopp en

slik erkjennelsesteoretisk betraktning som Eng uttrykkelig valgte²¹ ikke å ta stilling til – mitt grunnsyn om at det ikke er mulig å oppstille nødvendige og tilstrekkelige betingelser for en ‘sann’ definisjon av ‘rett’ og andre sentrale begreper som er sentrale i denne avhandlingen. Dette grunnsynet, som i erkjennelsesteoretisk forstand kan kalles «svakt» antirealistisk, og har sitt motstykke i min svakt nonkognitivistiske moralfilosofiske posisjon (som jeg forklarer nærmere i kapittel 3 avsnitt 3.1.2 nedenfor), innebærer at vi ikke kan oppnå ‘sann’ begrunnet tro, bare ‘holdbar’ begrunnet tro, om retts-spørsmål. Derfor kan ikke definisjonsbegrepet angis mer presist enn i Engs definisjon. Som det vil framgå av avsnitt 1.3.3 nedenfor, er denne erkjennelsesteoretiske grunnposisjonen også lagt til grunn i definisjonen av mitt begrep ‘grunnantakelse’.

Kolflaath 2004 (s 79–92) valgte å oppstille et normforeskrivende²² definisjonsbegrep som ligger nærmere opp til de forannevnte, velkjente kravene om klarhet, trass i at boka er skrevet med jusstudenter eller jurister som primæradressater. Etter hans mening burde en vellykket definisjon (i) avklare betydningen til den definerte betegnelsen i den aktuelle konteksten, (ii) gi et begrepsomfang som verken er for vidt eller for snevert og (iii) være «mest mulig» «avgjørbar», dvs at det skal være enkelt å ta stilling til om konkrete tilfeller i det praktiske liv faller innenfor eller utenfor definisjonen. Kolflaath understreket imidlertid at det tredje kravets praksistilknytning tilsa at man ikke kunne anvende dett like strengt i «rent teoretiske kontekster» (s 92 tredje avsnitt). Kolflaaths argumentasjon synes etter min mening å være preget av en altfor stor tro på mulighetene for å redusere lovspråkets iboende ubestemthet (vagheter).

Definisjonen av begrepet ‘definisjon’ er en såkalt «nominaldefinisjon», fordi den definerer språklige størrelsers betydning, i motsetning til en såkalt «realdefinisjon» («vesensdefinisjon»), som kjennetegnes ved at det er en gruppe ting eller fenomener eller deres natur (vesen) som defineres (Baune 1993 s 114 første avsnitt flg). Eng 1998 presiserte at «... [over alt] hvor det foreligger et begrep, så vil det i språkbruken her foreligge en normativ definisjon ...» (Eng 1998 s 131 tredjesiste avsnitt.)²³

Her fulgte Eng i fotsporene til Sundby 1974, som hadde uttalt at

«... [n]år man definerer et ord stipulativt, fastlegger man samtidig et begrep som ordet står som begrepsbetegnelse for. Dette er to sider av samme sak. ...» (Sundby 1974 s 6 andre avsnitt.)

Jeg tiltrer også disse klargjøringene, som jeg oppfatter som typiske for nominaldefinisijsjoner i analytisk filosofi.

Alle begrepsdefinisijsjonene her i avhandlingen skal etter dette – i terminologien til Eng 1998 (s 101 flg pkt 3.3) – forstås som «fastsatte, normative definisijsjoner».

²¹ Se Eng 1998 (forordet s VII siste avsnitt).

²² Kolflaath brukte «normative definisijsjoner» som betegnelse.

²³ Om Engs egen forståelse av sin definisjon som – iallfall hovedsakelig – normativ, se også Eng 1998 (s 139 flg avsnitt (5)). Drøftelsen av definisjonsbegrepet hos Eng 1998 fyller over 200 sider, s 55–266. Gjengivelsen her må dermed bli nokså summarisk.

Engs definisjon av begrepet 'normative definisjoner' er en presisering av den definisjon som Arne Næss ga i sin klassiske innføringsbok for ex phil-undervisningen på universitetene, «En del elementære logiske emner», av 'regelgivende definisjoner', se f.eks. Næss 1961 (s 42–50). Næss' betegnelse «regelgivende definisjon» har tålt tidens tann godt, noe som vises i et større antall nyere ex phil-bøker.²⁴

I min begrepsdefinisjon har jeg imidlertid valgt å benytte to andre nøkkel-termer enn Eng, henholdsvis «valgte» istedenfor «fastsatte», og «normforeskrivende» istedenfor «normative»:

(i) Istedenfor å bruke betegnelsen «*fastsatt* definisjon», bruker jeg «*valgt* definisjon», for å tydeliggjøre at definisjonen ikke anføres å være fastsatt av andre enn meg sjøl. At definisjonen er «valgt», innebærer – i tråd med Engs terminologi – at den ikke hevdes å være sedvanebasert.²⁵

(ii) Istedenfor å bruke betegnelsen «*normativ* definisjon», bruker jeg «*normforeskrivende* definisjon», med den hensikt å gi leserne klarere intuitiv forståelse av den modale meningen jeg legger i betegnelsen. En slik språkbruk er dessuten ikke «belastet» med den deskriptive bruken av «*normativ*» som kjennetegnet både Hans Kelsens rettsteori og den skandinaviske rettsrealismen. Mitt ordvalg er inspirert av det engelske uttrykket «*norm prescriptive*», som særlig forbindes med den engelske moralfilosofen R. M. Hare. Jeg bruker likevel ikke den direkte oversettelsen «*norm-preskriptiv*» av hans term, for slik å beholde nødvendig avstand til den.²⁶

Den deskriptive betydningen av «*normativ*» har morfologisk forankring, og illustreres ved at betegnelsen leksikalsk typisk har to hovedbetydninger, henholdsvis *som gjelder normer* og *normsettende* (se f.eks. Wahrig 2006 s 1077). For Kelsen var rettsvitenskapen på samme tid deskriptiv og normativ: deskriptiv, fordi den ikke var foreskrivende, men normativ, fordi den beskrev normer, ikke fakta (Bobbio 1967 s 8 pkt 2). Ross' oppfatning var ikke så ulik:

«... [Rets]logmatikken er normativ i betydningen *norm-deskriptiv*, ikke i betydningen *norm-expressiv*.» (Ross 1953 s 29 første avsnitt.)

Ross' bruk av betegnelsen «*normativ*» må forstås på bakgrunn av hans empirisk forankrede begrep om gjeldende rett, altså hans ontologiske sannhetsteori (prognose-teorien) om innholdet av framtidige dommer i rikets øverste domstol. Ross' formulering hadde front mot den realistiske ontologiske posisjonen som hans professorkollega Frederik Vinding Kruse var den mest kjente talsperson for, som innebar at rettsvitenskapen kunne erkjenne gjeldende rett som den sanne rett, og følgelig gi uttrykk for dette – altså uttale seg normekspressivt om rettsnormene.²⁷

Den problemstilling som i våre dager først og fremst er interessant i tilknytning til betegnelsen «*normative definisjoner*» i rettsvitenskapen, er spørsmålet om rettsvitenskapernes forståelse av begrepet 'normativ rettsvitenskap', dvs sammenhengen mellom deskriptive og normforeskrivende

²⁴ Se f.eks. Baune 1993 (s 123 første avsnitt), Fjelland 1999 (s 62 første avsnitt), Asheim, Brede og Thommessen 2000 (s 94 og s 101 flg) og Føllesdal og Walløe 2000 (s 225 siste avsnitt).

²⁵ En sedvanebasert definisjon oppfyller altså kriteriene for å være en deskriptiv definisjon.

²⁶ I andre sammenhenger enn i tilknytning til denne definisjonen bruker også jeg adjektivet «*normativ*» istedenfor «*normforeskrivende*», når det ut fra vanlig språkbruk klinger bedre.

²⁷ Se for øvrig redegjørelsen for ulike betydningsalternativer av «*normativ*» i Ross 1953 (s 20–21 note 8), en redegjørelse som fortsatt rager som en av de mest fyllestgjørende i nordisk rettsvitenskap.

elementer i rettsvitenskapenes ytringer om gjeldende rett. Jeg tar opp dette spørsmålet i kapittel 2 avsnitt 2.3 nedenfor, som gjelder min vitenskapsteoretiske grunnantakelse om det overordnede forskningsidealet for rettsvitenskapere er å utøve verdi- og argumenttransparent forskningsaktivitet.

Som basis for bruken av betegnelsen «normforeskrivende» i definisjons-sammenhengen her har jeg ikke behov for å følge den *vide* betydningsangivelsen som Eng 1998 (s 42–44 avsnitt (2)(a)) ga: Den første betydningen omfattet plikt-, kompetanse- eller kvalifikasjonsutsagn i vanlig og snever forstand, den andre betydningen omfattet verdiutsagn og den tredje betydningen omfattet beslutningsutsagn. I sammenhengen her trenger jeg ikke mer enn den førstnevnte av Engs tre betydningsangivelser. Dermed kan jeg definere ‘normforeskrivende’ slik:

- Med ‘normforeskrivende’ mener jeg ‘et utsagn om hvordan nærmere angitte språklige størrelser må, skal eller bør (herunder kan) forstås’.

Etter dette kan jeg definere begrepet ‘begrep’ på følgende måte:

- Med ‘begrep’ mener jeg ‘en valgt, normforeskrivende definisjon’.

1.3.3 Definisjon av ‘grunnantakelse’

Jeg vil gi følgende valgte, normforeskrivende definisjon av begrepet ‘grunnantakelse’:

- Med ‘grunnantakelse’ mener jeg ‘et argumentativt begrunnbart standpunkt til et vitenskapsteoretisk, filosofisk eller allment rettsteoretisk grunnproblem i norsk rettsvitenskap’.

Nøkkelformuleringen i denne grunnantakelsen er «argumentativt begrunnbart standpunkt». Betegnelsen «argumentativt» står i motsetning til «logisk» – mine grunnantakelser pretenderes ikke å være logisk utledbare.

Den argumentative begrunnbarheten jeg tilstreber, er *holdbar* argumentativ begrunnbarhet, jf Habermas’ kraftfulle forsvar for en holdbarhetsvurderingsbasert diskursteori, første gang formulert i «Wahrheitstheorien» (1973), men jeg har valgt å la spørsmålet om nærmere presisering av sannhetskriteriet stå åpent, jf de innledende bemerkningene om sannhetsteorier i avsnitt 1.3.1(1) ovenfor. I omtrentlig tilslutning til den pragmatiske maksimen til Charles Sanders Peirce²⁸ kan grunnantakelsene betraktes som handlingsregler, som må evalueres ut fra deres hensiktsmessighet for løsningen av de grunnproblemene jeg formulerer. Denne hensiktsmessighetsvurderingen vil basalt måtte foretas på grunnlag av empirisk kunnskap om den norske rettsordningen.

Holdbarheten av argumentasjonen står etter dette igjen som *målestokken* ved vurderingen av mine respektive grunnantakelser. En av mine fire

²⁸ Nærmere om Peirces pragmatiske maksime, se Hilpinen 1999.

grunnantakelser, den første vitenskapsteoretiske grunnantakelsen om den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning, er for øvrig formulert med sannhetskriteriet «argumentativt etterprøvable holdbarhet i forhold til oppnådde resultater». Om begrunnelsen for dette viser jeg til drøftelsen i kapittel 2 avsnitt 2.2 nedenfor.

Den erkjennelsesteoretiske posisjonen som jeg nå har flagget står i opposisjon til den erkjennelsesteoretiske rasjonalisme som Immanuel Kant formulerte i «Kritik der reinen Vernunft» (1781/1787), og som har iøynefallende realistiske trekk. Det er av interesse å tydeliggjøre at Popper 1959 (s 22) – mild i formen, klar i innholdet – formulerte sitt falsifikasjonskriterium for vitenskapelig erkjennelse i opposisjon til følgende Kant-utsagn i «Kritik der reinen Vernunft», hvor Kant forklarer objektiv gyldighet som erkjennelse begrunnbar for enhver utelukkende ved hjelp av fornuften: «Das Fürwahrhalten ist eine Begebenheit in unserem Verstande, die auf objektive Gründen beruhen mag, aber auch subjektive Ursachen im Gemüte dessen, der da urteilt, erfordert. Wenn es für jedermann gültig ist, so fern er nur Vernunft hat, so ist der Grund desselben objektiv hinreichend, und das Fürwahrhalten heißt alsdenn Überzeugung. ...» (Kant 1781/1787 bind IV s 687; A 820/B 848.)²⁹

Definisjonen av begrepet ‘grunnantakelse’, sammenholdt med definisjonene av begrepene ‘definisjon’, ‘normforeskrivende’ og ‘begrep’ i avsnitt 1.3.2 foran, innebærer at ingen av de fire grunnantakelsene som formuleres, begrunnes og forsvares i kapitlene 2–3 nedenfor pretenderes å være deskriptive (beskrivende), i den betydning at de har sitt motstykke i faktisk forekommende *språkbruk* blant rettsvitenskapere. At grunnantakelsene heller ikke pretenderes å være deskriptive på den måte at de har sitt motstykke i faktisk forekommende *oppfatninger* i en større eller mindre krets av rettsvitenskapere i Norge, følger direkte av grunnantakelsesdefinisjonens karakter av å være en nominaldefinisjon.³⁰ Siktemålet med oppstillingen av grunnantakelsene er ikke å foreta en empirisk undersøkelse av faktisk tilslutning til disse blant rettsvitenskapere i Norge, men å argumentere på en etterprøvable måte for grunnantakelsenes fruktbarhet som fundament for bedre forståelse av rettsvitenskapen, rettsordningen og rettsanvendelsen i Norge.

Den drøftelse av grunnantakelsene jeg legger opp til, vil altså ikke være basert på empiriske metoder, men den vil like fullt skje innenfor en empirisk forankret ramme, dvs den norske rettsordningen og dens frambringelser: rettsavgjørelser, juridisk litteratur, herunder metodelitteratur, allmenn rettsteori osv. Mine grunnantakelser må hver for seg eller samlet kunne konfronteres med andre synspunkter, teorier eller forklaringsmodeller om denne rettsordningen – og denne praktiske testen vil være avgjørende for bedømmelsen av disses fruktbarhet. Den nederlandske filosofen Herman Philipse har hevdet at slik konkret konfrontasjon av en teori mot andre teo-

²⁹ Sitatet er fra bokens siste hoveddel, «Transzendente Methodenlehre», 2. Hauptstück, 3. Abschnitt. På norsk, i Kant 2005 (s 713): «Det å holde noe for sant er en hendelse i vår forstand som kan bero på objektive grunner, men som også krever subjektive årsaker i sinnet hos den som dømmer på denne måten. Dersom det er gyldig for enhver, for så vidt som han bare har fornuft, så er denne tilstandens grunn objektivt tilstrekkelig, og det å holde noe for sant, kalles da *overbevisning*. ...»

³⁰ Nominaldefinisjonsbegrepet er forklart i avsnitt 1.3.2 foran.

rier, basert på tids- og stedsforankret empiri, gir en mer holdbar vitenskaps-teoretisk testing av teorier enn oppstilling av demarkasjonskriterier som er frikoplet fra tids- og stedsforankring, som f.eks. Poppers falsifikasjonskriterium (*Philipse* 2004 s 11–12). Jeg er enig i denne vurderingen.

1.3.4 Definisjon av ‘rettsvitenskap’

I norsk rettsvitenskap har det siden midt på 1990-tallet stort sett vært brei oppslutning om at begrepet ‘rettsvitenskap’ bør defineres vidt. En valgt, normforeskrivende definisjon som trolig dekker gjeldende bedømmelsespraksis ved de juridiske fakultetene, kunne formuleres slik:

- Med ‘rettsvitenskap’ mener jeg ‘en vitenskap som omfatter deldisiplinene rettsdogmatikk, rettspolitikk, juridisk metode («rettskildelære»), allmenn rettsteori, rettssosiologi, rettshistorie og rettsøkonomi’.

Ut fra min kjennskap til holdningen i de juridiske forskerfellesskapene anser jeg det som nokså ukontroversielt å hevde at denne normforeskrivende definisjonen faktisk er sedvanemessig forankret i norsk rettsvitenskap. Det eneste forbeholdet her må eventuelt gjelde spørsmålene om grensetrekking mellom rettsvitenskap i snever og vid forstand (horisontal avgrensning av rettsvitenskapen), og om «rettspolitikk» skal regnes som en rettsvitenskapelig deldisiplin, se nærmere om disse spørsmålene i kapittel 2 henholdsvis avsnitt 2.2.2(2) og avsnitt 2.2.3(6) nedenfor. Definisjonen inneholder ingen innbyrdes rangering mellom disse disiplinene når det gjelder vitenskapelighetskriteriet. Definisjonen er dessuten ekstensjonell; den overlater altså spørsmålet om behovet for å foreta intensjonelle definisjoner til deldisiplinene sjøl – noe som jeg mener er i samsvar med sedvanen i det rettsvitenskapelige forskerfellesskapet.

Min egen avhandling pretenderes, som tittelen bærer bud om, å ha sin tyngde innenfor det som tradisjonelt har vært betegnet som allmenn rettsteori. At avhandlingens karakter er rettsvitenskapelig, og ikke allmennfilosofisk (herunder allment vitenskapsfilosofisk), må etter mitt syn være ubestridelig, se for øvrig drøftelsen i kapittel 2 avsnitt 2.2.2(2) om horisontal avgrensning av rettsvitenskapsbegrepet.

1.3.5 Hva jeg mener med «juridisk argumentasjonsteori»

Valget av «juridisk argumentasjonsteori» framfor å holde fast ved det tradisjonelle rettskildelære-navnet, eller alternativt velg «juridisk metodelære», som betegnelse for rettsvitenskapens (og jusstudiets) metodefag, er først og fremst heuristisk begrunnet. Det er den argumentative begrunnbarheten av standpunkter til rettsspørsmål som skyves i forgrunnen både i definisjonen av mitt grunnantakelsesbegrep og i formuleringen av mine grunnantakelser.

I norsk og dansk rettsvitenskap har det i flere tiår vært ansatser til kritikk av betegnelsen «rettskilde» i dens mange sammenstillinger i juristers språkbruk. Men «rettskildelære» har likevel holdt stangen, og er f.eks. fortsatt i bruk i pensumlitteratur og pensumbeskrivelse ved masterstudiet i rettsvitenskap på Det juridiske fakultet ved Universitetet Oslo i skrivende stund, sommeren 2007. Betegnelsens overlevelsessevne skyldes vel en blanding av tradisjonsforankring og fraværet av gode, konkurrerende termer.

I Tyskland – landet hvor vi på 1800-tallet hentet de viktigste impulsene til vår egen rettsvitenskap – nyttes vanligvis betegnelsen «Methodenlehre» («metodelære») om vår disiplin «rettskildelære». I tysk metodelære nyttes imidlertid fortsatt betegnelsen «Rechtsquelle» («rettskilde»), men da i tilknytning til framstillingen av de enkelte argumenttyper, jf f.eks. *Larenz* 1991 og *Larenz og Canaris* 1995. Det var den historiske skole i tysk rettsvitenskap som på 1820-tallet ga denne termen dens framtreende plass i den juridiske argumentasjonsteorien i vår kulturkrets, se nærmere herom *Björne* 1991 (s 18 flg) og *Fenger* 1997 (s 159 andre avsnitt). Rettskilde-betegnelsen har imidlertid langt eldre røtter i europeisk rettsvitenskap, jf slagordet «Ad fontes!», som både kan bety «I overensstemmelse med kildene!» eller «Til kildene!». ³¹ Dette slagordet, som ifølge *Raisch* 1995 (s 42–43) var ment som en oppfordring om å søke seg tilbake til de opprinnelige kildene for romerretten, var mottoet for den juridiske humanisme-skolen som markerte renessansens gjennombrudd i rettsvitenskapen på 1500-tallet.

I Norge ble rettskildelære-betegnelsen ifølge *Björne* 1998 (s 282 nestsiste avsnitt) første gang brukt systematisk i Fr. Brandt: «Samling af mærkelige Højesteretsdomme i Tidsrummet 1815–1835» (1855).

Etter min mening har tida lenge vært moden for skroting av betegnelsen «rettskilde» i alle dens sammenstillinger – iallfall i akademiske avhandling-er. Flere norske rettsvitenskapere har tatt i bruk Eckhoffs forsøksvis framkastete, men ikke benyttete term «metodelære» som alternativ til betegnelsen «rettskildelære» – se f.eks. *Huser* 1991 (s 28 avsnitt 2.1.2). *Boe* 1996 (s 341–400) brukte betegnelsen «spesielle metodespørsmål» som supplement til sin redegjørelse for «[r]ettskildelære» (s 131–340). Andre forfattere har benytter betegnelsen «juridisk metode» – f.eks. var Johs. Andenæs tidlig ute med bruken av termen boka «Innføring i rettsstudiet» (1979 kapittel 15; uendret også i 1990 og 2002). *Boe* 2005 brukte også denne betegnelsen. Min vesentligste innvending mot å benytte betegnelsene «metodelære» eller «juridisk metode» som ny betegnelse på rettsvitenskapens «metode»-fag er at disse betegnelsene ikke gir klar nok beskjed om det som må være bærebjelken i rettsvitenskapens metodefag – nemlig oppstillingen av kriterier for holdbar rettslig argumentasjon og beslutningstaking.

Valget av betegnelsen «teori» framfor «lære» ved den nye navngivingen av rettsvitenskapens metodefag er gjort for å markere avstand til en «eksegetisk» (altså teologilignende) tilnærming til grunnlagsspørsmålene i rettsvitenskapen. I norsk rettsteori har det ikke vært utbredt å definere begrepet 'teori'. Heller ikke jeg ser noe påtakelig behov for gi en valgt, normfreskrivende definisjon av dette begrepet. Når det gjelder et teoribegrep i tilknytning til spørsmålet om jeg vil anføre at mine fire grunnantakelser ut-

³¹ Min oversettelse fra latin, basert på *Mørland m.fl.* 1965 (henholdsvis s 10 og s 242).

gjør en «teori», viser jeg til drøftelsen mot slutten av avsnitt 1.1.3.2 foran. Sentrale elementer i mitt argumentasjonsteoribegrep tilsiktes for øvrig klargjort gjennom drøftingen av avhandlingens grunnantakelser. Det får holde i denne sammenhengen.

Av disse grunner har jeg kommet til at betegnelsen «argumentasjonsteori» synes å være det mest velegnete navnet i Norge på rettsvitenskapens metodefag.

Når det gjelder betegnelsen «rettskildefaktor» kan det vel være grunn til å beklage at Aarbakke (1965; 1966) ikke fikk allmenn tilslutning til sin term «avgjørelsesfaktor», som etter min mening er blant de beste navneforslag som hittil har vært lansert.³² Evju 1980 introduserte betegnelsen «argumentkilde», og Helgesen 1982 «argumenttype» (bl.a. på s 96 nestsiste avsnitt). Seinere har flere alternative betegnelser vært lansert, herunder «argumentbærer» (Helset 1986 s 277 fjerde avsnitt) og «rettsfaktor» (Uggerud 1996). Helgesen 1996 (s 24 fjerde avsnitt) brukte den mer avdempete formuleringen «type av argumenter», men uten å forkaste den gamle betegnelsen. Torvund 1993 (s 35) mente derimot at man burde gå tilbake til den forlatte betegnelsen «rettskilde», fordi et åpent og mer realistisk rettskildebilde nå hadde festet seg, slik at det ikke lenger var noen fare for misforståelser om man vendte tilbake til rettskilde-termen.

Sjøl har jeg, i tråd med valget til Helgesen 1996, kommet til at den betegnelsen som jeg vil nytte til fortrenghet for «rettskildefaktor» bør inneholde substantivleddet «argument-», fordi dette mest treffende dekker hva rettsanvenderne trenger som råstoff i en rettslig avgjørelsesprosess. Verken substantivleddet «avgjørelses-» (Aarbakkens valg) eller «retts-» (Uggeruds valg) bringer vanlige assosiasjoner inn på et like fruktbart spor. Når det gjelder valget av substantivledd som «argument-» skal koples sammen med, er det vanskeligere å gi gode grunner for at noe alternativ skiller seg klart ut. Substantivleddet «-faktor», slik det allerede brukes i «rettskildefaktor», er akseptabelt, men likevel unødig ullent hva angår vanlig meningsinnhold. Termen «-type», som ble lansert av Helgesen 1982, er derimot enklere å forstå, og gir vel også bedre assosiasjoner til hva man omtaler, nemlig forskjellige *arter* av argumenter. Jeg velger derfor å følge hans valg.

I avhandlingen her bruker jeg derfor følgende betegnelser:

- «juridisk argumentasjonsteori» istedenfor «rettskildelære»
- «argumentasjonsteoriprinsipp» istedenfor «rettskildeprinsipp»
- «argumenttype» istedenfor «rettskildefaktor»
- «argumentsituasjonen» istedenfor «rettskildebildet»
- «juridisk argumentmateriale» istedenfor «rettskildemateriale»
- «juridisk argumentativ» istedenfor «rettskildemessig».

³² Kanskje hovedårsaken var at han rett og slett tok termen i bruk i de nevnte arbeidene, uten å gi noen begrunnelse av de fortrinn han så med å bruke den, og slik overvurderte sitt publikum.

1.3.6 Om behovet for øvrige begrepsdefinisjoner

I første halvpart av det 20. århundre var det språkets *syntaks* som dominerte både i språkfilosofiske, logiske og rettsteoretiske tilnærminger til rettsvitenskapens grunnproblemer. Fra og med 1950-tallet, etter at dagligspråks- og talehandlingsfilosofien slo igjennom, er det *semantikk* og *pragmatikk* som har overtatt hegemoniet som ledetråd for forskningen, og konsekvensene av dette har vært betydelige. Etter mitt syn overflødiggjør denne utviklingen generelt at jeg oppstiller en egen definisjon av et rettsregelbegrep (rettsnormbegrep), og uansett er en slik definisjon overflødig ut fra siktemålet i avhandlingen her.

Når det gjelder sontringen mellom 'lov' og 'rett', er det mitt syn at de grunnantakelsene jeg oppstiller i kapitlene 2 og 3 nedenfor *overflødiggjør* behovet for å trekke analytiske skiller mellom disse begrepene. Denne sontringen spilte til langt ut i det 20. århundre en betydelig rolle i rettspositivistisk influert rettsteori i vår kulturkrets, i første rekke gjennom den grunnantakelse at loven ga svar på alle tenkelige rettsspørsmål, slik at det var forsvarlig å sette likhetstegn mellom 'lov' og 'rett'.

I Norge har det i rettsvitenskapen allerede siden andre halvpart av 1800-tallet vært stor grad av enighet om at det fins både lovfastsatt rett og dommerskapt rett, og at Høyesterett dømmer i siste instans ikke bare om lovers, men også uskrevne rettsreglers rekkevidde i den konkrete sak. Og ved at den rettsrealistisk influerte rettsteorien og rettskildelæren fra 1950-tallet og seinere plasserte rettspraksis som den primære argumenttypen, har det vært heller marginal interesse for disse begrepenes ontologiske status.

Sundby 1974 er her ikke noe unntak. Hans prosjekt hadde andre siktemål – dels en begrepsanalytisk oppsplitting av normbegrepet i kvalifikasjonsnormer, pliktnormer og kompetansenormer, dels utarbeiding av kognitive kriterier for normetterlevelse (herunder det psykologiske begrepet 'internalisering' av normer), dels utarbeiding av sontringen mellom regler og retningslinjer.

Da (Vest-)Tyskland, den stat hvor norske rettsvitenskapere i omlag 100 år hadde hentet rettspositivistiske impulser, etter andre verdenskrig grunnlovsfestet (i Grundgesetz 1949 § 20(3) at den høyeste domstolen, Bundesverfassungsgericht (forbundsforfatningsdomstolen), skulle kontrollere at forvaltningen og domstolene utøvde sin myndighet innenfor rammene av «Gesetz und Recht» (lov og rett), fikk man et eksempel på en *grunnlovsforankret løsning* at et klassisk stridsspørsmål i rettsteorien, dvs et argumentasjonsteori-prinsipp som hjemler dommerskapt rett. Denne grunnlovsfestingen er et megetsigende signal om at man i det praktiske rettsliv ikke lenger ser på denne sontringen som noen utfordring.

1.4 Terminologi- og tegnsettingsvalg

1.4.1 Regelverksnotasjon og -terminologi

Det har slått meg at juristprofesjonen, herunder justismyndighetene, verken har maktet å utarbeide (i) enhetlige og lettfattelige *notasjonskonvensjoner* (henvisningskonvensjoner) for lover og forskrifter eller (ii) enhetlige og lettfattelige *betegnelser* i muntlig eller skriftlig omtale av lover og forskrifter. Årsaken her er vel ganske enkelt at man i nevnte kretser hittil ikke har sett fordelene ved å standardisere alle lover og forskrifter fullt ut, dvs at alle avsnitt (ledd³³) i paragrafer nummereres på en enhetlig måte, og videre at alle oppregninger innenfor enkeltavsnitt skjer på enhetlig måte, fortrinnsvis ved hjelp av bokstaver.

Justisdepartementets veileder fra 2000 i «Lovteknikk og lovforberedelse», avsnitt 5.3.4 dokumenterer den rådende «sprikende staur»-situasjonen, istedenfor å gi retningslinjer som kan føre til nevneverdige forbedringer. Ut fra en målsetting om bedre sammenheng og talespråknærhet har jeg derfor i denne avhandlingen valgt å *standardisere* notasjonen og betegnelsen av regelverkets enkelte bestanddeler. Inspirasjonen til dette har kommet dels fra notasjonskonvensjonene som er nyttet bl.a. i Statistikkloven 16.6.1989 nr 54, Skatteloven 26.3.1999 nr 14 og Tvisteloven 17.6.2005 nr 90, dels fra forslagene i NOU 1992: 32 Bedre struktur i lovverket (s 16 andre spalte).

Notasjonen av lover og forskrifter her i avhandlingen er følgende:

- Notasjonen av *paragrafavsnitt* gjøres *konsekvent* med det ordens-tallnummer som tilsvarer avsnittets plass i paragrafen, og tallet omslutes av helparentes (vanlig klammetegn), uten mellomrom før helparentesen. Denne notasjonen gjennomføres altså uten hensyn til hvordan notasjonen i originalteksten er. For eksempel brukes notasjonen «Forvaltningsloven § 6(1)» istedenfor «Forvaltningsloven § 6 første avsnitt» – trass i at denne bestemmelsen etter sin egen tekst *ikke* inneholder noen tallinndeling av avsnittene. Ved henvisning til lover hvor avsnittene i paragrafene har inndelende tall eller bokstaver, med eller uten hel- eller halvparenteser, eller med eller uten etterfølgende punktum, bruker jeg samme standardiserte notasjon. For eksempel brukes notasjonen «Ligningsloven § 3-13(1)» istedenfor «Ligningsloven § 3-13 nr 1» eller «Ligningsloven § 3-13 første avsnitt».³⁴
- I forhold til en god del nyere lovgivning innebærer denne notasjonskonvensjonen i utgangspunktet ingen endringer, se f.eks. Aksjeloven 13.6.1997 nr 44, og – allerede nevnt – Statistikkloven, Skatteloven og Tvisteloven. Men notasjonen av internhenvisninger i de nevnte lovene

³³ Jeg foretrekker termen «avsnitt» framfor «ledd», se begrunnelsen nedenfor.

³⁴ Det siste eksemplet er også et eksemplet på dagens utbredte vakling i språkkonvensjonen for omtale av lovbestemmelser hvor ledd er inndelt med nummerering.

følger dessverre ikke opp lovenes egen notasjon. Se som eksempel Tvisteloven § 16-9(2), som lyder slik: «Avvisning ved annen fraværsgrunn enn § 16-7 første ledd bokstav d forutsetter at saksøkeren er gjort kjent med følgene» (min kursivering).

- Notasjon av *underinndelinger i paragrafavsnitt* – vanligvis i form av små bokstaver etterfulgt av halvparentes: «a)», «b)», «c)» osv; like gjerne i form av små bokstaver med eller uten punktum etter: «a.», «b.», «c.» osv; eller også i form av arabertall med eller uten punktum etter, «1.», «2.», «3.» osv; eller arabertall med halvparentes: «1)», «2)», «3)» osv – gjøres med originaltekstens bokstav eller tall, men likevel alltid omsluttet av helparentes (vanlige klammer). For eksempel brukes notasjonen «Verdipapirhandelloven § 14-3(2)(1)» istedenfor «Verdipapirhandelloven § 14-3 andre ledd nr 1», og «Personopplysningsloven § 18(2)(a)» istedenfor «Personopplysningsloven § 18 andre ledd bokstav a».
- I de relativt få situasjonene hvor lover eller forskrifter inneholder avsnitt som igjen er oppdelt i (under)avsnitt, bruker jeg notasjonen «underavsnitt» (nummerert fra første til n-te underavsnitt).
- Ved notasjonen av nyere lover som er utformet med såkalt kapittelvis nummerering, som f.eks. ovennevnte Verdipapirhandelloven, har det vært en del fram og tilbake med notasjonen av streken mellom paragraftallene. 2006-utgaven av samlingen Norges Lover bruker vanlig *tanke-strek*, altså f.eks. § 14–3. Jeg har imidlertid valgt å fastholde *bindestrek* som notasjon for kapittelvis nummererte paragrafer, fordi grunnbetingelsen etter vanlige språkregler for bruk av tankestrek her ikke er oppfylt: det dreier seg om en simpel nummerering, ikke om fra-til-angivelser. Jeg følger mao anbefalingene til *Stuevold Lassen* 1993 (s 19 tredjesiste avsnitt), trass i at han på dette punkt som redaktør av lovsamlingen seinere har fraveket sin egen anvisning.

Ved en konsekvent bruk av denne notasjonsterminologien blir det ikke noe behov for å omtale lov- og forskriftsbestemmelser i skrevne framstillinger med mer utfyllende termer for de enkelte paragrafenes underinndelinger. Når det gjelder *mundlig omtale*, herunder høytlesing, av lovers og forskrifters enkelte bestanddeler, vil jeg anbefale følgende *betegnelser*:

- *Avsnitt* brukes istedenfor *ledd* som betegnelse for avsnitt. Eksempel: Personopplysningsloven § 1 første *avsnitt*, ikke Personopplysningsloven § 1 første *ledd*. Dette er i tråd med Lovstrukturutvalgets utredning, og siktemålet er å gjøre juristspråket mer dagligspråknært.
- *Avsnitt* brukes istedenfor *nummer* som betegnelse også dersom inndelinger som reelt er avsnitt, er nummerert med arabertall i kombinasjon med hel- eller halvparentes eller punktum. For eksempel leses «Ligningsloven § 3-13(1)» som «Ligningsloven § 3-13 første avsnitt», ikke som «Ligningsloven § 3-13 nr 1».

- Ved lesing av underinndelinger i paragrafavsnitt brukes angjeldende termnavn uendret om underinndelingen. For eksempel leses «Verdipapirhandelloven § 14-3(2)(1)» som «Verdipapirhandelloven § 14-3 andre avsnitt nr 1), og «Personopplysningsloven § 18(2)(a)» som «Personopplysningsloven § 18 andre avsnitt bokstav a».

Jeg bruker ellers termen «setning» istedenfor «punktum» ved henvisning til en helsetning, dvs en periode som er omsluttet av punktumtegn. Eksempel: Grl § 96 første *setning*; ikke Grl § 96 første *punktum*.³⁵

Disse terminologivalgene tar jeg i bruk i denne avhandlingen, fordi det er et egnet arbeid for en praktisk test over et større antall sider av mine ideer om terminologiforbedringer. For øvrig fortjener de nevnte nyere lovene å granskes inngående som overveiende positive eksempel på at det har vist seg praktisk gjennomførbart å unngå mengden av inkonsekvent notasjon i regelverk.³⁶ En slik opprydding kunne mest hensiktsmessig – og uten nevneverdig innsats av ressurser – skje gjennom en fullmaktslov, hvorefter Justisdepartementet kunne engasjere Lovdata til å stå for arbeidet.

1.4.2 Terminologivalg mv for øvrig

(1) Stor forbokstav på kortnavn til norske lover og forskrifter

Jeg har valgt å bruke stor forbokstav ved omtale av norske lover, f.eks. «Forvaltningsloven», herunder de vanlig brukte forkortelsesformene, f.eks. «Fvl». Samme notasjon nytter jeg på forskrifters eventuelle kortnavn. Ideen til dette har jeg fått fra Jan Fridthjof Bernt, som (i en e-post til meg) trefende har uttalt at dette er en gruppe av egennavn, og for slike er konvensjonen ellers å nytte stor forbokstav. Per i dag er Grunnloven vår eneste lov som allment skrives med stor forbokstav, men i framstillingen her gjøres det altså ingen forskjell ut fra reglenes rang.

³⁵ Justisdepartementet 2000 (s 64 pkt 5.3.4 første avsnitt) tar avstand fra bruk av «setning»-termen, under henvisning til at dette skaper tvil om det ved henvisninger vises til hel- eller leddsetninger. Denne unnskyldningen for å fastholde en dagligspråkfremmed term er heller svak, etter mitt syn.

³⁶ Den forbedrede regelverksnotasjonen i Skatteloven synes imidlertid dessverre ikke å ha slått igjennom når det gjelder terminologibruken ved *henvisninger* til de respektive avsnitt og underinndelinger i disse. Dette gjelder både ved henvisninger i loven sjøl – se f.eks. Sktl § 2-38(1)(a), hvor det står «selskap mv. som nevnt i § 2-2 første ledd a til d», istedenfor «... § 2-2(a)–(d)», og når Finansdepartementet i lovendringsproposisjoner omtaler gjeldende rett. Heller ikke i den sentrale skatterettslitteraturen synes situasjonen å være bedre. Istedenfor å skrive f.eks. Sktl «§ 5-1(1)», i samsvar med lovens egen tekst, omskreiv *Zimmer* dette til Sktl «§ 5-1, 1. ledd» (2001 s 124 første avsnitt; 2005 s 120 første avsnitt). En slik omtaleform svekker den positive kommunikative effekten av Finansdepartementets terminologireform, og er etter mitt skjønn heller ikke noe vellykket typografisk grep.

(2) Notasjon av begreper, notasjon av sitat i sitat mv

I pakt med tegnkonvensjonen i vitenskapsteori og filosofi i Norge, og i likhet med Eng 1998 (s 8 fotnote 2), bruker jeg enkle sitattegn (‘’) rundt betegnelser (termer) – herunder kriterier, begreper og utsagn – når jeg har betydningsangivelsen (meningsangivelsen) for øye. Definisjonene som jeg ga i avsnitt 1.3.2 og 1.3.3 ovenfor kan tjene som eksempel. Enkle sitattegn nyttes altså i denne sammenhengen både rundt den definerende betegnelsen (definiens) og den betegnelsen som defineres (definiendum). Tegnsettingskonvensjonen endres ikke dersom begrepsnotasjonen står inne i et sitat.

Når jeg ellers skal framheve et ord, en sammenstilling av ord eller en setning, bruker jeg norske typografiske sitattegn («»).

Dersom et sitat inneholder sitattegn, nytter jeg doble angloamerikanske sitattegn (‘‘’’) inne i sitatet. For eksempel følgende konstruerte sitat:

«Carl I. Hagen brukte en rekke “prokuratorknep” for å forstyrre høyesterettsdommer Ketil Lund under den åpne høringen om Dok 15 (1995–96) i Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité.»

En asterisk (*) i et sitat betyr at en fotnote på det angitte sted i sitatet ikke er gjengitt i sitatet.

Kapittel 2. To vitenskapsteoretiske grunnantakelser

2.1 Problemstilling

2.1.1 Generelt

I dette kapitlet belyser jeg Doublet og Bernts parole om en nynormativistisk reorientering av norsk rettsvitenskap gjennom å drøfte to vitenskapsteoretiske problemstillinger, én som gjelder det metodologiske vitenskapelighetskriteriet i rettsvitenskapen, og én som gjelder det overordnede forskningsidealet for rettsvitenskapere.

Doublet og Bernts monografi «Retten og vitenskapen», som utkom i 1992, foretok den første, systematiserende behandlingen av et større antall vitenskapsteoretiske problemstillinger i norsk rettsvitenskap. I andreutgaven av denne boka, som utkom i 1993, tok Doublet og Bernt til orde for en «nynormativistisk» reorientering av norsk rettsvitenskap (1993 s 165–91). Boka ble fulgt opp bl.a. med «Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring» (1998).³⁷ Som påpekt i begynnelsen av kapittel 1, avsnitt 1.1.1 og 1.1.2(2.1) foran, har Doublet og Bernts bøker inspirert de fleste etterfølgende forfattere av rettsteoretiske avhandlinger til å gi sin tilslutning til et normativt vitenskapsideal for norsk rettsvitenskap. Fellesnevneren for denne reorienteringen har vært en kritikk av det domstolspraksisbeskrivende vitenskapsidealet som både Ross og Eckhoff hyllet. Men bortsett fra denne kritikken er det vanskelig å påpeke noe samlende vitenskapsteoretisk *credo* i disse nyere rettsteoretiske arbeidene.

Realiteten er følgende at rettsvitenskapere i Norge i siste mannsalder *bare i liten utstrekning* har prioritert å ta opp generelle eller fagspesifikke vitenskapsteoretiske problemstillinger i sine akademiske arbeider, som f.eks. spørsmålet om normativitet som vitenskapsteoretisk og -etisk utfordring, verdienes plass i rettsanvendelsen og vitenskapelighetskriterier for faget rettsvitenskap. Det sistnevnte spørsmålet har likevel vært holdt varmt i en breiere krets av rettsvitenskapere gjennom bedømmelser på de juridiske fakultetene av (i) avhandlinger for de akademiske gradene dr juris, dr philos eller ph d, og av (ii) rettsvitenskapelige arbeider i saker om ansettelser i vitenskapelige stillinger. I begge tilfellene er bedømmelsene forankret i vitenskapelighetskriterier som har hjemmel i Universitets- og høyskoleloven 1.4.2005 nr 15. Etter mitt syn er det på høy tid at vitenskapelighetskriterier for faget rettsvitenskap også blir tatt opp i en doktoravhandling, med sikte på problematisering av de gjeldende metodologiske og substansielle kvalitetskravene. Videre er det på høy tid å problematisere enkelte prosedurale

³⁷ Bernt var førsteforfatter av denne boka.

aspekter ved dagens bedømmelsespraksis, som f.eks. spørsmålet om bruk av personer i bedømmelseskomiteer uten at nødvendig akademisk kompetanse er avklart på en transparent måte, og videre at offentligheten rundt bedømmelsen for karriere i Akademia ikke er i samsvar med internasjonalt anerkjente idealer.

Vinteren 2006–2007 foranlediget Kunnskapsdepartementets høringsrunde om NOU 2006: 19, Akademisk frihet, at betydningen av akademisk frihet som basal frihetsrettighet ble satt på dagsordenen på de juridiske fakulteter for første gang på flere tiår. I forslaget til endringer i Universitets- og høyskoleloven 1.4.2005 nr 15 ble det i NOU 2006: 19 i en ny § 1-5(1) foreslått å lovfeste at den enkeltes forskning må «utøves i overensstemmelse med anerkjente vitenskapelige ... prinsipper».³⁸ Utredningen gikk bare i liten grad inn på den vitenskapsteoretiske problemstillingen om hva et slikt krav til forskningen innebærer, noe som vakte min interesse for å nøste videre på dette spørsmålet.

- *Den første vitenskapsteoretiske problemstillingen* vil jeg etter dette formulere som et spørsmål om hva som bør være vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning i Norge, altså om rettsvitenskapen, bortsett fra å forholde seg til gjeldende forskrifter for doktorgradsbedømmelser, har en tilstrekkelig avklart – og utad kommunisert – forståelse av vitenskapelighetskravet, metodologisk og substansielt.

Jeg oppfatter kjernen i Doublet og Bernts ideal om en «nynormativistisk» reorientering i norsk rettsvitenskap som en konsekvens av at de avviste premissene for Ross' standpunkt til kravene til vitenskapelighet i rettsvitenskapelig forskning (se nærmere avsnitt 1.1.2(2.2) foran) som uholdbare. Denne avvisningen er jeg enig i, men jeg er nokså sikker på at det samme synet har hatt ganske stor utbredelse i skandinavisk rettsvitenskap allerede i flere tiår.

Forutsatt at dette domstolspraksisbeskrivende idealet i realiteten aldri fikk virkelig gjennomslag i skandinavisk rettsvitenskap, kan det spørres om Doublet og Bernts (ny)normativismeparole, framsatt i 1993, innebar noe egentlig brudd med de rådende strømninger i rettsvitenskapen. Eller mao: spørsmålet er om verdien av denne parolen først om fremst har vært at den fungerte som døråpner for formulering av flere uløste grunnproblemer i norsk rettsvitenskap. En ting er iallfall lett observerbart – nemlig at det aldri tidligere har vært produsert flere rettsteoretiske arbeider i norsk rettsvitenskap enn i tiåret som fulgte etter at parolen om en nynormativistisk reorientering ble framsatt.

Etter min vurdering er det det klassiske verdifrihetsspørsmålet i samfunns- og humanvitenskapen, herunder spørsmålet om verdienes rolle i rettsvitenskapelig forskning, som melder seg som det mest påtrengende vi-

³⁸ Forslaget ble 1.6.2007 fulgt opp av regjeringen i Ot prp nr 67 (2006–2007). I Innst O nr 4 (2007–2008) sluttet kirke-, undervisnings- og forskningskomiteen seg enstemmig til forslaget. Tilføyelse i bokversjonen av avhandlingen: Se lovendring 14.12.2007 nr 117.

tenskapsteoretiske spørsmålet, dersom man oppgir idealet om et domstolspraksisbeskrivende vitenskapsideal. Rettsvitenskapens legitimitet overfor det øvrige samfunn er nemlig i en vesentlig grad knyttet til at bevisstheten om grensene mellom vitenskapelig og ikke-vitenskapelig aktivitet holdes ved like. Det er på høy tid å rekapitulere og drøfte Ross' egen grensedracting med friske øyne, på bakgrunn av den utvikling som har skjedd i vitenskapssamfunnet i det halve århundret etter utgivelsen av «Om ret og retfærdighed».

- *Den andre vitenskapsteoretiske problemstillingen* vil jeg etter dette formulere som et spørsmål om (i) det for norske rettsvitenskapere er overveiende grunner til å forkaste den skandinaviske rettsrealismens domstolspraksisbeskrivende vitenskapsideal; og, hvis svaret på (i) er ja, om (ii) det da er overveiende grunner til å oppstille et normforeskrivende (normativt) vitenskapsideal for rettsvitenskapen; eller om (iii) skoen egentlig trykker et helt annet sted – som et behov for tydeliggjøring av verdipremisser og normforeskrivende elementer i forskningen.

Istedenfor å disponere drøftelsen i fortsettelsen med utgangspunkt i disse problemstillingene, har jeg valgt det strukturerende grepet å drøfte problemstillingene med utgangspunkt i de to *grunnantakelsene* som pretenderes å gi argumentativt begrunnbare svar på problemstillingene. Se den innledende grunnngivingen for dette opplegget av drøftelsene i kapittel 1 avsnitt 1.1.3(1) foran, samt min definisjon av et valgt, normforeskrivende grunnantakelsesbegrep i kapittel 1 avsnitt 1.3.3 foran.

Den første vitenskapsteoretiske grunnantakelsen lyder slik: Den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning må formuleres som et krav om (i) analytisk sjølstendighet og argumentativt etterprøvbart holdbarhet i forhold til oppnådde resultater, og (ii) tilstrekkelig beherskelse av forskningsmetode og forskningsteori. Grunnantakelsen drøftes i avsnitt 2.2 nedenfor.

Den andre vitenskapsteoretiske grunnantakelsen lyder slik: Det overordnede forskningsidealet for rettsvitenskapere må være å utøve verdi- og argumenttransparent forskningsaktivitet, det vil si å tydeliggjøre (i) verdimeslige forutsetninger, verdivalg og verdievaluerende synspunkter, og (ii) normforeskrivende elementer, i alle ytringer om gjeldende rett og den juridiske argumentasjonsteorien. Grunnantakelsen drøftes i avsnitt 2.3 nedenfor.

2.1.2 Særskilt om berøringsflater mellom de vitenskaps-teoretiske problemstillingene og forskningsetiske spørsmål

De to vitenskapsteoretiske problemstillingene i forrige avsnitt har berøringsflater til *forskningsetikken* – det er også mulig å betrakte spørsmålet om forskningens verdifrihet som et hovedsakelig forskningsetisk spørsmål. De *forskningsetiske* spørsmålene som har vært mest aktuelle i Norge i de seinere tiåra er vel likevel (i) vitenskapelig uredelighet (fusk med data), og (ii) integritetskrenkelser overfor personer som er «objekter» i vedkommen- de forskningsprosjekt. Dette er spørsmål som særlig har blitt aktuelle i me- disinsk forskning, men de har også kommet opp i annen forskning der re- sultatene baseres på analyse av innhentete personopplysninger³⁹, humant biologisk materiale⁴⁰ eller annet materiale som det er mulig å manipulere el- ler misbruke med sikte på å fremme egen forskningskarriere, eller på annen måte behandle krenkende i forhold til berørte personer.

I de tilfellene man i rettsvitenskapelig forskning kun benytter rettsavgjø- relser eller litteratur (faglitteratur, offentlige dokumenter etc) som forsk- ningsmateriale – og de er for tida antallmessig helt dominerende i Norge – kan de nevnte forskningsetiske spørsmål knapt tenkes å bli aktuelle. Doms- analyse basert på fingerte eller grovt uaktsomt fordreide data (les: dommer) er et nokså upraktisk fuskeeksempel. Og uetisk omtale av domstolsord- ningens aktører eller forskningskolleger i Akademia rammes normalt av allmennmorske normer.⁴¹ Krenkelser i rettsvitenskapen av forskningsetis- ke normer av den nevnte type kan med disse forbehold knapt aktualiseres på annen måte enn gjennom plagiat, manglende overholdelse av rettsregle- ne om skranker for sitatrett eller lignende opphavsrettskrenkelser. Slike spørsmål ser jeg ikke et påtrengende behov for å problematisere i denne avhandlingen, bl.a. fordi feltet nylig er blitt lovregulert, og dermed kan ent- res som et spørsmål om tolking av relevante bestemmelser i Lov 30.6.2006 nr 56 om behandling av etikk og redelighet i forskning.⁴²

I empirisk orientert forskning, dvs i forhold til forskningsprosjekter der innsamling eller bearbeiding av personopplysninger eller humant biologisk materiale inngår, har vi i Norge siden 1990 hatt en institusjonalisert ordning med krav om forhåndsvurdering av prosjektenes forsvarlighet gjennom nasjonale og regionale forskningsetiske komiteer (*Ruyter* 2003), både som vilkår for finansieringssamtykke og i forhold til å gjøre unntak fra lovbestemt taushetsplikt, f.eks. Forvaltningsloven 10.2.1967 § 13 d og Helseperso- nelloven 2.7.1999 nr 64 § 29, og for konsesjon til behandling etter Personopplys-

³⁹ Se legaldefinisjonen av «personopplysning» i Personopplysningsloven 14.4.2000 nr 31 § 2(1)(1).

⁴⁰ Se legaldefinisjonen av «humant biologisk materiale» i Biobankloven 21.2.2003 nr 12 § 2(3).

⁴¹ Man trenger ikke ha elefanthukommelse for å huske enkeltepisodes der etablerte forskere også har raslet med injurielovgivningens sabler – men disse sakene kan neppe hevdes å reise forskningsetiske spørsmål av betydning.

⁴² Forarbeider er Ot prp nr 58 (2005–2006) og Innst O nr 70 (2005–2006). Ikrafttreden 1.7.2007 ifølge Kgl res 30.6.2006 nr 763.

ningsloven 14.4.2000 nr 31 § 33(1), jf § 9(1). Forskningsetikkloven har lovfestet denne institusjonaliserte forskningsetiske komitéordningen.

Den 29.6.2007 fremmet regjeringen i Ot prp nr 74 (2006–2007) et forslag til Lov om medisinsk og helsefaglig forskning (Helseforskningsloven), basert på NOU 2005: 1, God forskning – bedre helse. Lovforslaget, som også inneholdt betydelige endringsforslag til Biobankloven 21.2.2003 nr 12, introduserte en sonndring mellom behandlingsbiobanker og forskningsbiobanker. De sistnevnte skulle heretter utelukkende reguleres av Helseforskningsloven. Lovforslagets hovedformål var å fremme god og etisk forsvarlig helseforskning, samt forenkling og konsolidering av alt relevant regelverk i én lov, som – se § 2 – skulle gjelde for all medisinsk og helsefaglig forskning på mennesker, humant biologisk materiale eller helseopplysninger.*

2.1.3 Individuell akademisk frihet som forutsetning for formulering av bl.a. vitenskapsteoretiske grunnantakelser

Individuell akademisk frihet er en – hittil ulovfestet – frihetsrettighet som altså ble aktualisert gjennom Kunnskapsdepartementets høringsrunde vinteren 2006–2007 om NOU 2006: 19. I utredningen ble det foreslått å gi en bestemmelse i Universitets- og høyskoleloven 1.4.2005 nr 15 om plikt for universiteter og høyskoler til å fremme og verne den akademisk friheten for den enkelte vitenskapelige ansatte. Lovfestingen ble foreslått gjennom en endring av lovens § 1-5, som fra før av kun sikret universitetenes og høyskolenes *institusjonelle* autonomi. Et lovforslag som i all hovedsak var i tråd med dette forslaget ble fremmet for Stortinget 1.6.2007 i Ot prp nr 67 (2006–2007).

Både i mandatet for utredningen, i dens motiver og undertittel og i lovproposisjonen (s 5–6 pkt 3.3 og s 7–9 pkt 6) ble det poengtert at formålet med en slik bestemmelse er å sikre den enkelte forskers individuelle rettigheter. I NOUen ble den individuelle akademiske frihet sammenfattet i følgende tre hovedelementer, som hevdes å gå igjen i internasjonal faglitteratur og policydokumenter:

- «1 Frihet til å stille spørsmål – også ved det autoriteter anser som etablert kunnskap og forståelse, og ved saksforhold og teser som det knytter seg sterke interesser eller følelser til.
- 2 Frihet til å bestemme hvilket materiale og hvilke metoder man vil benytte for å finne svar; mer presist et *sant* eller *holdbart* svar.
- 3 Frihet til å legge frem hypoteser, resultater og resonnementer offentlig.» (NOU 2006: 19 s 14 første spalte avsnitt 2.3.2 første underavsnitt.)

Kunnskapsdepartementet gjenga disse formuleringene fra NOUen i Ot prp nr 67 (2006–2007) på s 4 pkt 3.2, med den kommentar at departementet

* Tilføyelse i bokversjonen av avhandlingen: I Innst O nr 55 (2007–2008) foretok flertallet flere endringer i lovforslaget begrunnet i personopplysningsvern- og menneskerettighetshensyn. Se nå Lov 20.6.2008 nr 44.

«mener at utvalget har gitt en god definisjon og avgrensning av hva som ligger i prinsippet om akademisk frihet».

Som fundament for drøftelsen av de to vitenskapsteoretiske grunnantakelsene jeg formulerer i avsnitt 2.2 og 2.3 nedenfor legger jeg til grunn to premisser: *for det første* at individuell akademisk frihet etter gjeldende rett er en ulovfestet frihetsrettighet i Norge, i hovedtrekk med slikt innhold som framstilt i NOU 2006: 19, og at denne frihetsrettigheten vil bli lovfestet i henhold til forslaget i Ot prp nr 67 (2006–2007); *for det andre* at individuell akademisk frihet er en forutsetning for formulering av bl.a. slike vitenskapsteoretiske grunnantakelser som jeg gjør i denne avhandlingen. Disse premissene holder jeg for nokså ubestridelige, og vil ikke prioritere å begrunne dem nærmere her.⁴³ I en viss utstrekning kan likevel argumentasjonen i det følgende avsnitt 2.2 også anses som et forsvar for den individuelle akademiske friheten.

⁴³ Jeg framhever likevel at *Tranøy* 1986 (s 73–103, særlig på s 75) har hevdet at de akademiske frihetsidealene må anses som konstitutive for vitenskapelig aktivitet i det hele tatt. Jeg framhever videre, til ettertanke, at både forfatterne av NOU 2006: 19 og deres ekspertrådgivere, Johan Giertsen og NIFU Step, i sine respektive skriftlige bidrag *helt overså* det viktigste internasjonale rettsgrunnlaget for akademisk frihet, FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter [ØSK] art 15, som er inkorporert i norsk rett gjennom Menneskerettsloven 21.5.1999 nr 30. Asbjørn Kjønsstad påpekte dette i notatet «Akademisk frihet», framlagt i forbindelse med behandlingen av høringssaken på Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo i januar 2007, se lenken «Akademisk frihet» på <<http://www.jus.uio.no/forskning/>>, sist besøkt 9.4.2007.

2.2 Grunnantakelse om den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning

2.2.1 Formulering og begrunnelse

Min første vitenskapsteoretiske grunnantakelse vil jeg formulere slik:

- Den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning må formuleres som et krav om (i) analytisk sjølstendighet og argumentativt etterprøvbare holdbarhet i forhold til oppnådde resultater, og (ii) tilstrekkelig beherskelse av forskningsmetode og forskningsteori.

Min begrunnelse av denne grunnantakelsen har følgende disposisjon: i avsnitt (1) og (2) nedenfor begrunner jeg betegnelsene som utgjør grunnantakelsens definiendum: «den metodologiske», og «vitenskapelighetsnormen». I avsnitt (3) og (4) begrunner jeg betegnelsene som utgjør grunnantakelsens definiens: «analytisk sjølstendighet og argumentativt etterprøvbare holdbarhet i forhold til oppnådde resultater», og «tilstrekkelig beherskelse av forskningsmetode og forskningsteori». Og i avsnitt (5) begrunner jeg grunnantakelsens midtdel, «må formuleres som».⁴⁴

Først vil jeg presisere at siktemålet med formuleringen av denne grunnantakelsen *ikke* er å oppstille alternative, komplette vitenskapelighetskriterier til de gjeldende reglene for doktorgradsbedømmelser på Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo. Trass i at disse reglene er et sentralt referansepunkt her i avsnitt 2.2 (se bl.a. avsnitt 2.2.3(1) og 2.2.3(6) nedenfor), har mitt siktemål vært mer begrenset, dvs – jf kapitteloverskriften – vitenskapsteoretisk forankret. De gjeldende regler for doktorgradsbedømmelser oppstiller (noe underkommunisert, riktignok) et grunnleggende krav om at avhandlingen må gi et sjølstendig bidrag til kunnskap, dvs at den har nyhetsverdi. Dette kravet til vitenskapelig forskning tar jeg *ikke* opp i fortsettelsen, ut over å omtale det som kontrast til den metodologiske vitenskapelighetsnormen i avsnitt (1) nedenfor. I fortsettelsen nøyer jeg meg altså med å reindyrke den metodologiske siden ved vitenskapelighetsnormen. Skulle jeg ha begitt meg ut på det alternative prosjektet med å formulere grunnantakelser som dekker alle sentrale krav til vitenskapelig forskning, måtte jeg ha gått breiere ut, ikke bare gjennom å formulere en grunnantakelse som dekker fordringen om vitenskapelig nyhetsverdi, men også – komparativt – gjennom å inkludere en vurdering av gjeldende regler på området i våre nærmeste naboland i framstillingen.

⁴⁴ Om forståelsen av grunnantakelsen som en «valgt, normforeskrivende definisjon», se kapittel 1 avsnitt 1.3.2–1.3.3 foran. Om betegnelsene «definiendum», «definiens» og «midtdel», se Baume 1993 (s 116–17).

(1) *Begrunnelse av betegnelsen «den metodologiske»*

At grunnantakelsen oppstiller en metodologisk vitenskapelighetsnorm, innebærer at den verken gjelder normer om vitenskapelig sannhet (objektivitet) i erkjennelsesteoretisk forstand, eller om vitenskapelig substans (hva vitenskap er) i ontologisk forstand. I tilslutning til *Tranøy* 1988a (s 137 flg) vil jeg hevde at man i diskusjoner om vitenskapelighet i forskningen bør skille eksplisitt mellom (a) metodologisk vitenskapelighet⁴⁵ og (b) ontologisk objektivitet⁴⁶. Basalt har ontologisk objektivitet sammenheng med hvilken *sannhetsteori* man bygger på, altså en erkjennelsesteoretisk problemstilling. Ontologisk objektivitet kan kort hevdes å innebære tilslutning til en bestemt grunnposisjon, «realisme», som betyr å hevde at den fysiske verden (objektverdenen) eksisterer uavhengig av erkjennende subjekter. Realisme-posisjonen i erkjennelsesteorien innebærer omlag det samme – å hevde at den fysiske verden som et erkjennende menneske kan ha sann, begrundet tro på, eksisterer uavhengig av bevisstheten (*Dancy* 1985 s 143–82). Ved avgjørelsen av spørsmålet om forskning er vitenskapelig eller uvitenskapelig mener jeg, i likhet med *Tranøy* 1998a, at bare metodologisk vitenskapelighet, derimot ikke ontologisk objektivitet, bør regnes som et relevant vitenskapelighetskriterium.

Prognoseteorien til *Ross* 1953 (s 51–65) er vel fortsatt det klareste eksemplet i nyere nordisk rettsteori på formulering av en slik sannhetsteori. Denne teorien, som er en empirisk orientert korrespondanseteori om sannhet, besvarer spørsmålet om hva ‘gjeldende rett’ er gjennom oppstilling av en prognose over hva den høyeste domstols framtidige dom i et aktuelt tvistesporsmål vil bli. Prognosen er sann dersom prognosen og det seinere domsutfallet korresponderer. *Ross*’ prognoseteori fikk mye kritikk både i samtid og ettertid – den mest inngående har vel *Stuer Lauridsen* 1974 (s 141–82) levert. Som korrespondanseteori om sannhet betraktet har imidlertid prognoseteorien etter min mening kommet noe ufortjent i vanry. Hovedproblemet med teorien er ikke det allmenne problemet om hva som menes med «korresponderer», men at teorien fra en praktisk synsvinkel har så begrenset forklaringskraft. Se nærmere om *Ross*’ prognoseteori i avsnitt 2.3.3(1.2) nedenfor.

Sjøl om man hevder en reint metodologisk vitenskapelighetsnorm, har man ikke dermed tatt stilling til terskelspørsmålet, altså demarkasjonslinjen mellom vitenskapelig kunnskap og alminnelig kunnskap, i vitenskapsteorien. I NOU 1991: 24, Organisering for helhet og mangfold i norsk forskning, utredningen som er grunnlagsdokumentet for vår gjeldende forskningsrådsstruktur, ble det substansielle kravet til vitenskapelig forskning – det man mer prosaisk kan betegne som vitenskapens overordnede formål – formulert slik:

⁴⁵ *Tranøy* 1988a brukte altså sjøl termen «objektivitet» i denne forbindelsen.

⁴⁶ *Tranøy* 1988a (s 137 fjerde avsnitt m/note 1) krediterte Mary Hesse: «In Defense of Objectivity», *Proceedings of the British Academy*, Vol. LVIII, London: Oxford University Press 1972, for dette skillet mellom metodologisk og ontologisk objektivitet.

«Vitenskapelig forskning skal være av prinsipielt nyskapende natur. Det skal settes spørsmålsteget ved vedtatte sannheter ...» (NOU 1991: 24 s 38 pkt 4.4 første avsnitt.)

Jeg har funnet det overflødig å supplere min grunnantakelse om den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning med en grunnantakelse som formulerer et substansielt krav til rettsvitenskapelig forskning i samsvar med NOU 1991: 24. Hovedsakelig er min begrunnelse (i) at et slikt krav synes å ha hatt brei tilslutning i det internasjonale vitenskapssamfunnet i lang tid, og (ii) at det ikke foreligger tegn på at kravet er omstridt blant rettsvitenskapere i Norge.

I forbifarten nevner jeg likevel at *Jareborg* 2004 (s 1 siste avsnitt flg) sondret mellom alminnelig forskning og vitenskapelig forskning – bare det siste hørte etter hans syn hjemme på universitetet. Mens alminnelig forskning bare «leder till kunskap, så leder vetenskaplig verksamhet till *insikt och förståelse*» (s 2 tredje avsnitt). I realiteten formulerte vel *Jareborg* her det samme kravet til den vitenskapelige forskningens nyskapende karakter som i NOU 1991: 24.

Den betydning av betegnelsen «metodologisk» som jeg legger til grunn er den vanlige, leksikalske betydningen, dvs at dette adjektivets substantivform, metodologi, anses synonymt med metodelære (*Filosofileksikon* 1996 s 379 første sp). En metodelære består typisk av en samling av prosedyrer (framgangsmåter) og en teori⁴⁷ om disse – slik situasjonen f.eks. er i rettsdogmatikkens «metodelære». Den metodologiske vitenskapelighetsnormen vil etter dette kunne ekspliseres som en norm om (i) de framgangsmåter som karakteriserer vitenskapelig aktivitet og (ii) den teorien som begrunner disse framgangsmåtene.

Grunnantakelsen om den metodologiske vitenskapelighetsnormen forutsetter *ingen bestemt definisjon* av vitenskapelig metodologi (metode). I tråd med herskende praksis i det juridiske forskerfellesskapet legger jeg til grunn at definisjonsmakten her ligger i forskerfellesskapet som en sjøldømmeordning.

(2) Begrunnelse av betegnelsen «vitenskapelighetsnormen»

Vitenskapsteoriens utvikling gjennom det 20. århundre kan hevdes å karakteriseres av en dreining bort fra vitenskapelighet definert som *substansen* i forskningsinnsatsen til en opptatthet av vitenskapelighetskriterier ved *forskningsprosessen* som sådan (*Næss m.fl.* 1980 s 11–15; *Grimen* 2004 s 176–77).⁴⁸ Den førstnevnte orienteringen av vitenskapelighetsnormen var en posisjon som først og fremst knyttes til de logiske empiristene i den såkalte Wiener-kretsen og deres fokus på logisk verifiserbare utsagn (sanse-

⁴⁷ Om teorigrepet jeg legger til grunn, se avslutningen av kapittel 1 avsnitt 1.1.3(2) foran.

⁴⁸ For mange vitenskapsteoretikere i vår tid vil følgelig betegnelsen «metodologisk vitenskapelighetsnorm» trolig framstå som en typisk pleonasme (smør på flesk-betegnelse), men jeg tror likevel at min bruk av denne betegnelsen kan forsvares, ikke minst av pedagogiske grunner.

data) om virkeligheten. Fokusskiftet fra ontologi til metodologi som jeg tok opp i avsnitt (1) foran er en vesentlig del av en slik karakteristik.

Denne dreiningen av vitenskapelighetsnormen kan også avleses gjennom de leksikalske definisjonene av «vitenskap». I nettutgaven av «Bokmålsordboka» (2007) lyder definisjonen slik:

«1 metodisk innsamling, ordning og etterprøving av kunnskaper etter allment godkjente regler og krav (om intersubjektivitet, klarhet osv). ...

2 fagområde som er emne for vitenskap ...»⁴⁹

Det er slående ved denne todelte definisjonen at den i pkt 1 er 100 % prosess- og strukturorientert, dvs ikke sier noe om hva vitenskapens resultat (substans) er, og i pkt 2 utelukkende supplerer med en horisontal områdeinndeling, dvs mot annen vitenskap (det sistnevnte er en velkjent konvensjonell avgrensning).

I og med at termen ifølge Bokmålsordboka etymologisk har tysk opphav, har jeg også gjort oppslag i to utbredte tyske oppslagsverk, henholdsvis *Duden* og *Wahrig*, først i utgaver fra noen tiår bakover i tid – *Duden* : *Etymologie* 1963 (s 768) og *Wahrig* 1971 (sp 4034) – og deretter i utgaver fra vår tid – *Duden*: *Das Herkunftswörterbuch* 2006 (s 931), *Duden*: *Das Bedeutungswörterbuch* 2002 (s 1055) og *Wahrig* 2006 (s 1666).

I begge disse tyske oppslagsverkene var definisjonene av oppslagsordet «Wissenschaft» for 30–40 år siden enten utelukkende områdeorientert, dvs som Bokmålsordboka pkt 2, eller ga både en områdeorientert og *resultatorientert* definisjon. I vår tid derimot er definisjonen enten *prosess-*, *struktur-* eller *områdeorientert*.⁵⁰

Et eksempel på en slik prosess- og strukturorientert definisjon av vitenskapskriteriet i nyere norsk fagspesifikk innføringslitteratur ble gitt for av *Torsvik* 2003 (s 50–52, jf s 8), som likefram og godt argumenterte for at samfunnsøkonomifaget var en metode, ikke et fagområde.

I vitenskapsteoretisk litteratur har det tidligere vært utbredt å nytte betegnelsen «objektivitetsnorm» istedenfor «vitenskapelighetsnorm» når diskusjonstemaet har vært «vitenskapelig objektivitet», særlig når man med dette har ment «vitenskapelig sannhet», dvs har hatt de erkjennelsesteoretiske sidene ved vitenskapelig aktivitet for øye. Et klassisk eksempel på slik terminologibruk er Poppers «Objective Knowledge» (1979). På våre breddegrader er Tranøys «Three thoughts about objectivity as a methodological

⁴⁹ Se <<http://www.dokpro.uio.no/ordboksoek.html>>, sist besøkt 4.5.2007.

⁵⁰ Definisjon av «Wissenschaft» i *Duden* : *Etymologie* 1963 (s 768) lød slik: «geordnetes, in sich zusammenhängendes Gebiet von Erkenntnissen», altså (i min oversettelse) «ordnet, sammenhengende område av erkjennelser». I *Wahrig* 1971 (sp 4034) lød definisjonen slik: «geordnetes, folgerichtig aufgebautes zusammenhängendes Gebiet von Erkenntnissen», dvs «ordnet, folgeriktig oppbygd sammenhengende område av erkjennelser». Definisjonen var mao påfallende lik *Duden*-versjonen, bortsett fra tilleggsordene «folgerichtig aufgebautes». *Duden* : *Das Herkunftswörterbuch* 2006 (s 931) inneholdt samme definisjon som i 1963-utgaven, men med tilføyelsen (etter semikolon) «forschende Tätigkeit», altså «forskende aktivitet». *Duden*: *Das Bedeutungswörterbuch* 2002 (s 1055) inneholdt en reint prosessorientert definisjon, «Wissen hervorbringende forschende Tätigkeit», altså «vitenskapende forskende aktivitet». *Wahrig* 2006 (s 1666) inneholdt samme definisjon som i 1971-utgaven.

norm» (1988a)⁵¹ illustrerende for endringen i fokus fra resultat- til prosess- aspektet ved vitenskapelighetsnormen – riktignok med bibehold av den tradisjonelle betegnelsen «objektivitetsnorm». Etter mine intuisjoner framstår betegnelsen «vitenskapelighetsnorm» som den klart minst verdiladete og suggestive av disse to betegnelse. Det er «vitenskap» (og ordvarianter bygd på denne rotstammen) som går igjen i universitetslovgivningen og regelverket for bedømmelse av doktorgrader, og dermed er den mest vanlige betegnelsen i Norge for tida. Derfor bruker jeg betegnelsen «vitenskapelighetsnorm» i fortsettelsen.

Å sammenfatte vitenskapsteoriens utvikling i løpet av det 20. århundre som en (entydig) dreining fra et ontologisk til et metodologisk vitenskapelighetsbegrep, slik jeg har gjort her i avsnitt (1) og (2), kan trekkes i tvil. For det første forsøkte Karl Popper i «Logik der Forschung» allerede i 1935 å få til et regimeskifte fra et resultatrettet til et prosessrettet vitenskapelighetskriterium, ved å lansere et falsifikasjonskriterium i opposisjon mot de logiske empiristenes induksjonsbaserte verifikasjonskriterium, ofte omtalt som protokollsetningsprosjektet.⁵² For det andre har den kognitivistiske (realistiske) posisjonen i moral- og rettsfilosofien fått ny vind i seilene i de siste tiåra av det 20. århundre, især i USA og England. Den mest kjente eksponenten for det syn at det fins «riktige svar» også på vanskelige rettsspørsmål, er utvilsomt Ronald Dworkin. Tatt på ordet innebærer denne posisjonen at også vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapen må formuleres som et krav om ontologisk objektivitet, altså et krav om at resultatet av rettsvitenskapelig forskning må være 'sant'. Det er imidlertid vanskelig å finne eksempler på talspersoner for kognitivismen i moral- og rettsfilosofien som også vil anvende denne grunnposisjonen i vitenskapsteoretisk sammenheng.

I skandinavisk rettsvitenskap utenom Norge har *Stuer Lauridsen* 1974 (s 72–77) drøftet vitenskapelighetsbegrepet i tilknytning til sin oppgaves tema, rettspolitisk argumentasjon. Med støtte i flere eldre arbeider av Tranøy formulerte han en vitenskapelighetsnorm⁵³ som iallfall har samme retning som min grunnantakelse:

«... Det essensielle kravet om videnskabelig objektivitet vil jeg formulere som et alment krav om, at videnskab skal drives på en måde, som gør det muligt for andre at [s 73] sætte den anvendte metode og de opnåede resultater under, hvad jeg med nogle slagord vil kalde, en *fri, meningsfyldt og rationel* debat. ... Dette ideal, der også kunde formuleres i krav om inter-subjektivitet, uafhængighed, saglighed og ærlighed*, må naturligvis først og fremmest søges realiseret gennem en *eksplikation af de anvendte teorier og metoder*, som muliggør dels tilslutning til eller forkastelse af de fremsatte anskuelser, og dels en meningsfuld efterprøvelse af de opnåede resultater ...» (*Stuer Lauridsen* 1974 s 72 siste avsnitt flg.)

Stuer Lauridsen formulerte her en kombinasjon av et ideal om argumentativ etterprøvbar holdbarhet og et ekko av Mertons CUDOS-normer (de sist-

⁵¹ Opprinnelig publisert i 1977.

⁵² Poppers bok kom i kommentert og utvidet engelsk utgave i 1959, «The Logic of Scientific Discovery», som er den utgaven jeg har forholdt meg til.

⁵³ Stuer Lauridsen betegnet riktignok sin norm som et ontologisk objektivitetsbegrep, se s 72 siste avsnitt, noe hans forbilde Tranøy iallfall seinere distanserte seg fra, jf redegjørelsen i avsnitt 2.2.1(1) rett foran.

nevnte kommer jeg tilbake til i avsnitt 2.3.1(1.2) nedenfor). Hans formulering er ett av få eksempler på formulering av en vitenskapelighetsnorm i skandinavisk rettsvitenskapelig litteratur gjennom de siste tiåra.

(3) *Begrunnelse for oppstillingen av et krav om «analytisk sjølstendighet og argumentativt etterprøvbar holdbarhet i forhold til oppnådde resultater»*

Normene i denne formuleringen er ment som en syntese av (i) gjeldende regler med hensyn til doktorgradsbedømmelser ved de juridiske fakulteter i Norge og (ii) utbredte vitenskapsteoretiske oppfatninger. De gjeldende reglene tar jeg opp i avsnitt 2.2.3(1) nedenfor. Her konsentrerer jeg meg om den vitenskapsteoretiske begrunnelsen for å oppstille en slik norm. Drøftelsen i fortsettelsen er inndelt i følgende underavsnitt: (3.1) Om «analytisk sjølstendighet», og (3.2) Om «argumentativt etterprøvbar holdbarhet i forhold til oppnådde resultater».

(3.1) *Om «analytisk sjølstendighet»*

Kravet om analytisk sjølstendighet er forankret i det standpunkt at det overordnede erkjennelsesteoretiske formålet med vitenskapelig forskning er oppnåelse av ny kunnskap – eller mer prosaisk formulert: problemløsning – med intellektuell nysgjerrighet som motor (Næss *m.fl.* 1973; Kuhn 1996; Losee 2001 og Losee 2004). Kravet om analytisk sjølstendighet inkorporerer den metodologiske siden ved det overordnede formålet for vitenskapelig forskning, slik det ble formulert i NOU 1991: 24 (s 38 pkt 4.4 første avsnitt), dvs at den skal «være av prinsipielt nyskapende natur».

Et godt stykke på vei har min formulering om analytisk sjølstendighet *rettslig forankring* i Doktorgradsforskriften 8.12.2006 for Universitetet i Oslo § 8.1 første avsnitt første setning, som oppstiller det grunnkrav til en doktorgrad at den skal være «et selvstendig vitenskapelig arbeid». Hva som ligger i det rettslige sjølstendighetskravet illustreres av den oppfølgende formuleringen i § 8.1 første avsnitt andre setning om at avhandlingen «skal bidra til å utvikle ny faglig kunnskap», og at den «skal ligge på et faglig nivå som tilsier at den vil kunne publiseres». Når det gjelder *rettsspørsmålet* om hva disse formuleringene innebærer, viser jeg til den nærmere drøftelsen av disse reglene i avsnitt 2.2.3(1) nedenfor.

Når det gjelder den *vitenskapsteoretiske* siden ved oppstillingen av en norm om «analytisk sjølstendighet» vil jeg om termen «sjølstendighet» starte med å hevde at normen kan leses som en konkretisering av det velkjente idealet om rasjonalitetstro og kunnskapsvekst i vitenskapssamfunnet. En plausibel lesning av termen «sjølstendighet» er sammenfallende med Doktorgradsforskriftens egen presisering, dvs at sjølstendighet manifesteres

ved at doktoravhandlingen bidrar til å utvikle ny faglig kunnskap. Motsatt – et arbeid som pretenderer å være rettsvitenskapelig, men ikke bedømmes å være sjølstendig, dvs ikke bidrar til å utvikle ny faglig kunnskap, kan da verken etter Doktorgradsforskriften eller min grunnantakelse anses for i det minste å ha kommet opp på den metodologiske vitenskapelighetsnormens nedre terskel, dvs terskelen mot ikke-vitenskap. Om det aktuelle arbeidet er et doktoravhandlingsmanuskript, vil det enten bli tilbakesendt for forbedring, eller bli underkjent av bedømmelseskomiteen i henhold til nærmere regler i den nevnte forskriften.

Ved å oppstille en norm om «analytisk» sjølstendighet har jeg ønsket å konkretisere sjølstendighetsfordringen på en måte som i metodologisk sammenheng presumptivt er mest dekkende. Mer enn de fleste adjektiver må «analytisk» anses egnet til å beskrive hva som hever et forskningsarbeid over terskelen for det som gjerne omtales som utredningsarbeid. *Grønmo* 2004 (s 356 siste avsnitt flg) har enkelt og presist formulert hvordan en samfunnsvitenskapelig beskrivelse passerer vitenskapelighetskravet nettopp gjennom å være analytisk, som han har eksemplifisert, som f.eks. at 1) beskrivelsene relateres til tidligere forskning og baseres på samfunnsvitenskapelige begreper, 2) forholdene som studeres blir drøftet i relasjon til bestemte normer eller standarder for hvordan forholdene bør forventes å være, 3) beskrivelsene er komparative, eller 4) beskrivelsene er dynamiske, f.eks. i et tidsperspektiv. Grønmos eksempler egner seg etter mitt syn like godt i en rettsvitenskapelig sammenheng.

Kravet om analytisk sjølstendighet impliserer videre et krav om *uavhengighet*, og man kunne nok hevde at dette kravet burde vært uttrykkelig formulert i grunnantakelsen. Uavhengighetskravet står vel udiskutabelt som en av de klareste normene i det internasjonale vitenskapssamfunnet, trass i at det institusjonelle symbolet på forskningens uavhengighet, grunnforskningen, gjennomgående synes å ha hatt trangere kår i norsk etterkrigshistorie enn den anvendte forskningen.

Videre kan man mot denne oppfatningen av uavhengighetsnormens underforståthet innvende at paradigmetenkningen i vitenskapsteorien undergraver denne normens troverdighet. Forutsatt at Kuhns oppfatning kan understøttes empirisk, kan man mao reise spørsmålet om «uavhengighet» virkelig har inngått i den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning i Norge. Som framtidig forskningsprosjekt kunne dette vært en interessant problemstilling.

Uavhengighetsnormen må etter mitt syn tolkes slik at rettsvitenskapere som i ikke ubetydelig grad skifter «hatter» mellom rollen som rettsvitenskaper og f.eks. rollen som medlem av lovutredningsutvalg, rollen som beslutningstaker i juridiske eller i kvasijuridiske klagenemnder, rollen som styreleder eller styremedlem i privat eller offentlig virksomhet, rollen som konstituert dommer i Høyesterett eller lagmannsrett eller rollen som forretningsadvokat, ikke bare risikerer å møte seg sjøl i døra i forhold til denne

normen, men også risikerer å svekke publikums tillit til rettsvitenskaperkollektivets kritiske integritet.

Formuleringen av et krav om analytisk sjølstendighet legger overhodet ikke føringer for forskningens innhold – snarere tvert om, vil det være nærliggende å hevde.

Å inkludere et krav om analytisk sjølstendighet som en sentral bestanddel i den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning kan ut fra det jeg nå har skrevet, og først og fremst ordlyden i Doktorgradsforskriften § 8.1 første avsnitt første setning, hevdes iallfall et godt stykke på vei å være et forsøk på å slå inn åpne dører. Det er imidlertid ikke noe prinsipp i denne avhandlingen at grunnantakelsene ikke i noen sammenhenger kan ha berøringspunkter til gjeldende rettsregler. Og ved å oppstille en grunnantakelse om den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning må jeg nødvendigvis også ta opp berøringsflatene mot gjeldende regler for doktorgradsbedømmelser.

Jeg tror nok for øvrig at norske rettsvitenskapere bare i vekslende utstrekning ville erklære sin tilslutning til et slikt overordnet forskningsideal om å sette spørsmålsteget ved vedtatte sannheter, som er formulert i det foran gjengitte sitatet fra NOU 1991: 24. Spørsmålet formelig roper etter nærmere gransking av de faktiske holdningene i de juridiske forskerfellesskapene. Dersom man nytter «Strategisk plan» for Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo for 2005–2009 som indikator for faktisk målprioritering, er det imidlertid tydelig at det fortsatt er klar avstand til formuleringer som tilkjennevirer en overordnet målsetting om kritisk evaluering av vedtatte sannheter.⁵⁴ De tre overordnede målsettingene, om henholdsvis «mer forskning av høy kvalitet», om å «være blant de ledende i Norden ... [og] ... holde høyt internasjonalt nivå på flere områder», og om å «disponere ressursene bevisst», vitner mer om slik «lip service»-tilpasning til statlig målstyring som NOU 1991: 24 på s 38 andre spalte siste avsnitt uttrykkelig advarte mot, enn om vilje til å sette kritisk tenkning i forsetet.

(3.2) *Om «argumentativt etterprøvbare holdbarhet i forhold til oppnådde resultater»*

Jeg bruker «argumentativt etterprøvbare holdbarhet» som definisjon av vitenskapelighetsnormen, fordi et krav om «sannhet» i denne sammenhengen – som er erkjennelsesteoretisk – ville bety å stille uoppnåelige metodologiske krav til rettsvitenskapen. Min begrunnelse her er todelt: (a) for det første ville det åpenbart stride mot etablerte oppfatninger i vitenskapssammenheng (nasjonalt som internasjonalt) å reservere merkelappen «vitenskap» («objektivitet») utelukkende for forskning som er basert på én (eller flere) «objektiv(e)» forskningsmetode(r), eller som leder fram til «sann» kunnskap; (b) for det andre mener jeg – ut fra min svakt antirealistiske erkjennelsesteoretiske grunnposisjon – at det uansett ikke er meningsfylt å ta stilling til rettsvitenskapelige forskningskonklusjoners «sannhet», verken når

⁵⁴ Se nettsidene til Det juridiske fakultet: <<http://www.jus.uio.no/fakultetet/strategi/>>, sist besøkt 31.5.2007.

konklusjonene inneholder handlingsanvisninger (normforeskrivende utsagn), eller når konklusjonene kun pretenderer å inneholde beskrivelser av gjeldende rett.

I kriteriet «argumentativt etterprøvable holdbarhet» skal «etterprøvable» leses slik at det er det argumentativt holdbare som definerer etterprøvbareheten, og dermed er den sannhetsteorien jeg bygger på. At den argumentative holdbarheten skal være etterprøvable, betyr altså ikke at holdbarheten må være *definitiv*: Vitenskapelig forskningsaktivitet involverer med nødvendighet en uviss mengde uholdbar argumentasjon og uholdbart funderte konklusjoner. Et nærmere bestemt rettsvitenskapelig forskningsarbeid mister ikke vitenskapelighetsstatusen alene ved at en fagfelle eller en annen person gjendriver konklusjonene som argumentativt uholdbare. På den annen side må formuleringen av dette holdbarhetskriteriet ses i sammenheng med den andre delen av vitenskapelighetsnormen som denne grunnantakelsen formulerer, kravet om «tilstrekkelig beherskelse av forskningsmetode og forskningsteori», se avsnitt (4) nedenfor. Samlet settes dermed en lavmålsterskel som vitenskaperen må overskride for at det aktuelle arbeidet skal kunne klassifiseres som forskningsarbeid. Falsifikasjonskriteriet til *Popper* 1959 kan ellers trolig langt på vei være en god ledestjerne ved eventuelle behov for presiseringer av betegnelsen «ikke definitiv».

Samfunnsøkonomiprofessor Kalle Moene hevdet i et intervju med journalist Alfred Fidjestøl i Klassekampen 22.5.2007, hvor temaet var Jon Elsters nylige angrep på «obskur formalisme» i samfunnsvitenskapene, at «90 prosent av all forskning er bortkasta, men vi veit ikkje på førehand kva forskning dette er. Det som blir ståande etter ei tid, er det som det har vist seg å være hald i». At forskning viser seg å være bortkastet, er noe annet enn å konstatere at det utførte arbeidet ikke holdt vitenskapelige mål. Moenes prosentregning kan neppe hevdes å ha gyldighet for all forskning – men en ironiker vil kanskje hevde at den trolig er treffende iallfall for samfunnsøkonomisk forskning.

Kriteriet «argumentativt etterprøvable holdbarhet» er kjernen i min definisjon av den metodologiske vitenskapelighetsnormen. Kriteriet overlapper både de leksikalske definisjonene av vitenskap som jeg gjennomgikk foran i avsnitt (1) og formuleringen av krav om «problemorienterte innslag» som «behandles og presenteres innenfor en velegnet systematisk ramme» i «Veiledende retningslinjer for nivået for juridiske doktorgrader». Vitenskapsteoretisk er det ukontroversielt å fastslå at et minimum av systematikk og velordnethet alltid har vært regnet som kjerneaspekter ved vitenskapelige framstillinger.

Kriteriet «argumentativt etterprøvable holdbarhet» er et *auditorium-kriterium* for sannhet, velkjent i filosofihistorien siden oldtida, også under betegnelsene konsensuskriterium eller enighetskriterium. At det auditoriet som har kompetanse til å avgjøre vitenskapelighetsspørsmålet som en historisk realitet i det store og hele har vært, og fortsatt er, forskerfellesskapene – som en institusjonalisert sjøldømmeordning – er vel nokså uomtvistelig. En tilsynelatende mer syrlig navnsetting på et slikt vitenskapelighetskriteri-

um er å betegne det som «sirkulært». Denne innvendingen er ubestridelig, men ikke til å unngå, jf «Münchhausen-trilemmaet».⁵⁵ Sandgren 2006 (s 528–29) har bemerket at auditorium-kriteriet er «förmödligen det enda entydiga kriterium som finns at tillgå». Jeg tror nok man gjør tryggest i å stryke «entydiga» i dette utsagnet, fordi det ligger i kortene at man sjelden vil oppleve 100 % enighet, og især ikke i grensetilfelle, som karakteriserer de dristigste forskningsaktivitetene.

Fastholdelse av auditorium-kriteriet betyr ikke at «bukken er satt til å passe havreseken» når det gjelder vitenskapelighetsnormen i rettsvitenskapen (og ellers i vitenskaps-samfunnet). Fra en forskningspolitisk synsvinkel må man riktignok forlite seg på at en forskerfellesskapsintern eller -ekstern diskusjon om prioriteringer/vesentlighets-spørsmål i forskningen i det lange løp vil optimalisere forskningsinnsatsen. At f.eks. Stortinget, Norges forskningsråd eller Nasjonalt organ for kvalitet i utdanningen (NOKUT)⁵⁶ likevel står fritt til å hevde at rettsvitenskapens bidrag ikke holder mål, kan neppe bestrides, men da åpnes arenaen for forskningspolitiske, snarere enn vitenskaps-teoretiske, diskusjoner.

Også Tranøy 1988a (s 139 nest siste avsnitt) ga tilslutning til auditorium-kriteriet, ved å framheve enighet mellom kvalifiserte bedømmere som det ene av to vitenskapelighetskrav i den metodologiske vitenskapelighetsnormen. Det andre vitenskapelighetskravet, holdbarhetskravet, formulerte Tranøy 1988a slik:

«... Any viable concept or definition of knowledge, belief, and other epistemic notions contain, necessarily, a reference to (good, adequate, proper) *reasons* for believing *p*, i.e. to “cognitive actions” – speech acts, if you will – such as acceptance and rejection, assertion and denial, testing and criticism, which are all subject to methodological rules.» (Tranøy 1988a s 139 siste avsnitt.)

Enighet i forskerfellesskapet er altså ikke tilstrekkelig, ifølge Tranøy, man må ha grunner for denne enigheten, verbaliserbare og underlagt metodologiske regler. Det er fordi jeg slutter meg til dette synspunktet at jeg har formulert delkriteriet «argumentativt etterprøvable holdbarhet» som et sentralt element i den metodologiske vitenskapelighetsnormen.

På spørsmålet om grunnantakelsen inneholder noen føringer om den empiriske forankringen av rettsvitenskapelig forskning, vil jeg svare at forankringen dekkes av betegnelsen «tilstrekkelig beherskelse av forskningsmetode og forskningsteori», se om denne i avsnitt (4) nedenfor. Grunnantakelsen er formulert under hensyn til at ingen seriøs forsker i dag vil rubrisere rettsvitenskapen som naturvitenskap (slik den konstruktive skole i Tyskland ønsket for snart 150 år siden), og at den bare i vekslende grad kan rubriseres som samfunnsvitenskap: Deldisiplinen empirisk orientert rettsosiologi vil trygt kunne rubriseres som samfunnsvitenskap, mens tradisjonell rettsdogmatikk etter de fleste rettsvitenskapers mening trolig er så særpre-

⁵⁵ Om «Münchhausen-trilemmaet», se kapittel 1 avsnitt 1.3.1(1) foran.

⁵⁶ NOKUT ble opprettet av Stortinget i 2002 som ledd i «Kvalitetsreformen», og er nå hjemlet i Universitets- og høyskoleloven 1.4.2005 nr 15.

get i sin empiritilknytning til «gjeldende rett» at det neppe er fruktbart å sette samfunnsvitenskapmerkelappen på denne deldisiplinen. Som fortolkende vitenskap vil vel de fleste rettsvitenskapere være mer bekvemme med å rubrisere rettsdogmatikken som humanvitenskap.

Tranøy 1988a (s 140–41) framsatte også den tese at den metodologiske vitenskapelighetsnormen er *konstitutiv* for all vitenskapelig erkjennelse, dvs er en uerstattelig betingelse for erkjennelsesmulighet i det hele. I et annet arbeid (1986 s 73–103, på s 75 andre avsnitt) har Tranøy uttalt det samme, og dessuten framhevet at også akademisk frihet må anses som konstitutiv for vitenskapelig aktivitet. Tranøys begrunnelse av denne tesen var noe summarisk, og jeg vil heller ikke gripe denne ballen her, ut over å hevde at det intuitivt framstår som plausibelt at det må være nær sammenheng mellom kriterier for vitenskapelig aktivitet, og for erkjennelse i sin alminnelighet.

I NOU 2006: 19, Akademisk frihet, hvor oppdraget var å fremme forslag til lovregulering av akademisk frihet på individnivå, foreslo utvalget en lovbestemmelse om at forskning må «utøves i overensstemmelse med *anerkjente* vitenskapelige ... prinsipper» (min kursivering).⁵⁷ I merknadene til dette lovforslaget begrunnet utvalget forslaget med at det ikke er tilstrekkelig å formulere vitenskapelighetskravet slik at det akkurat skjærer klar av uredelighetsstandarden som ble lovfestet i Forskningsetikkloven 30.6.2006 nr 56 § 5(2). Den faglige praksisen måtte derfor være anerkjent, hevdet utvalget, det vil si

«... bli oppfattet som god praksis i lys av anerkjente nasjonale og internasjonale faglige og etiske prinsipper for virksomheten.» (NOU 2006: 19 s 45 første spalte andre avsnitt.)

Henning Jakhelln ga i sitt interne høringsnotat 8.1.2007 om NOU 2006: 19 til Det juridiske fakultet på Universitetet i Oslo til kjenne en klar bekymring for at bruken av vurderingsadjektivet «anerkjent» i lovteksten ville innebære fare for at forskere som tenker annerledes enn institusjonens framherskende syn «kan møte betydelig motbør».⁵⁸ Universitetet i Oslo fant ikke grunn til å gi uttrykk for en tilsvarende bekymring, trass i at fakultetet hadde sluttet seg til den. Heller ikke Kunnskapsdepartementet gjorde noen endringer i Ot prp nr 67 (2006–2007), men presiserte at anerkjente vitenskapelige prinsipper «må i denne sammenheng forstås som skikkethet i utføringen av forskningen, herunder en frihet til å ha avvikende prinsipper» (s 10 pkt 6.3). Dermed kan man vel konkludere med at en fornøden klargjøring har skjedd.

⁵⁷ Forslag til endret § 1-5(1) i Universitets- og høyskoleloven 1.4.2005 nr 15, se NOU 2006: 19 s 44 flg.

⁵⁸ Høringsnotatet er tilgjengelig på lenken «Akademisk frihet» på fakultetets hjemmeside <<http://www.jus.uio.no/forskning/>>, sist besøkt 9.4.2007.

Formuleringen i den vedtatte lovteksten, jf Innst O nr 4 (2007–2008), inviterer uansett til å spørre om også den metodologiske vitenskapelighetsnorm jeg har formulert, burde inneholde en tilsvarende uttrykkelig kvalifisering, mao et krav om «*anerkjent* argumentativt etterprøvbart holdbarhet» i forhold til valg av forskningsmetode og oppnådde resultater? Et slikt forsøk på kvalifisering av vitenskapelighetsnormen ville imidlertid etter mitt syn neppe ha noen virkning – iallfall så lenge man (klokelig) lar være å forankre vitenskapelighetsnormen i en legaldefinisjon av begrepet 'vitenskap'. Til slutt vil forskerfellesskapets dom uansett måtte være avgjørende.

(4) *Begrunnelse for oppstillingen av et krav om «tilstrekkelig beherskelse av forskningsmetode og forskningsteori»*

Normfragmentet her er ment som en syntese av utbredte vitenskapsteoretiske oppfatninger og gjeldende regler hva angår doktorgradsbedømmelser ved de juridiske fakulteter, herunder forslaget til ny § 1-5(5) i Universitets- og høyskoleloven 1.4.2005 nr 15, fremmet i Ot prp nr 67 (2006–2007). Når det gjelder *rettsspørsmålet* om hva disse reglene innebærer, viser jeg til drøftelsen i avsnitt 2.2.3(1) nedenfor. Når det gjelder spørsmålets *vitenskapsteoretiske* side holder jeg det for ubestridelig at en vitenskapelighetsnorm for rettsvitenskapelig forskning som presiseres som en metodologisk norm, må inneholde krav om beherskelse av forskningsmetode og forskningsteori. Den ubestemte entallsformen «*forskningsmetode*» er *for det første* valgt for å tydeliggjøre at norsk rettsvitenskap *de facto* omfatter deldisipliner som benytter en flerhet av forskningsmetoder.

Jeg prioriterer ikke å gi en breiere redegjørelse for de stridsspørsmål som tidligere har vært reist om såkalt «*horisontal*» avgrensning av rettsvitenskapen mot bl.a. retts sosiologi, annen samfunnsvitenskap og andre vitenskapsgreiner ellers. Det siste aktuelle stridsspørsmålet i tilknytning til horisontal avgrensning tar jeg likevel opp i avsnitt 2.2.2(2) straks nedenfor. Og rettspolitikken status som rettsvitenskap tar jeg opp i avsnitt 2.2.3(6) nedenfor. Når det gjelder en breiere behandling av rettsvitenskapens forhold til samfunnsvitenskap i sin alminnelighet, viser jeg til *Boe* 1987, særlig s 672 flg.

For det andre er entallsformen «*forskningsmetode*» valgt fordi det ikke fins noen autoritativ sammenfatning av sentrale karakteristika ved rettsvitenskapelige forskningsmetoder – ikke engang innenfor hoveddisiplinen, rettsdogmatikken. Grunnantakelsens metodologiske norm er mao pluralistisk; normen formulerer i likhet med den nevnte Universitets- og høyskoleloven § 1-5(5) en ubetinget frihet til valg av forskningsmetode.

Ordbruken her omfatter også empiriske metoder, uten at slike metoder gis privilegert status i grunnantakelsen, jf argumentasjonen i avsnitt (3.2) foran. I rettsdogmatikken er det utvilsomt at «*gjeldende rett*» er den primære forskningsgjenstanden, og dermed er det forsvarlig å definere «*gjeldende rett*» som rettsdogmatikkens empiriske fundament. Dette betyr imidlertid *ikke* at rettsdogmatikk treffende kan karakteriseres som en empirisk forsk-

ningsdisiplin, se nærmere om rettsvitenskapen som normativ vitenskap i avsnitt 2.3 nedenfor.

Den «forskningsteori» det vises til i grunnantakelsen vil i forbindelse med rettsdogmatiske arbeider i utgangspunktet være den juridiske argumentasjonsteorien – rettskildelæra i tilvant språkbruk. I andre rettsvitenskapelige deldisipliner må denne forskningsteorien suppleres med relevant disiplinspesifikk forskningsteori: historiefaglig forskningsteori i rettshistoriedisiplinen, rettsøkonomisk forskningsteori i rettsøkonomidisiplinen, osv.

(5) *Begrunnelse av betegnelsen «må formuleres som»*

Betydningen av betegnelsen «må formuleres som» i grunnantakelsen er forklart generelt i kapittel 1 avsnitt 1.3.1–1.3.3 ovenfor. Bruken av det modale hjelpeverbet «må» reflekterer grunnantakelsens status som en valgt, normforeskrivende definisjon, altså som et begrunnbart standpunkt til et – her vitenskapsteoretisk – grunnproblem i norsk rettsvitenskap. Det ligger altså ikke noen pretensjon om noen logisk begrunnbarhet eller sannhetspretensjon for øvrig innbakt i denne betegnelsen.

2.2.2 Innplassering av grunnantakelsen i forhold til liknende synspunkter i norsk rettsvitenskap

Innplassering av grunnantakelsen om den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning i forhold til liknende synspunkter i norsk rettsvitenskap synliggjør to diskusjonslinjer: Den ene gjelder avgrensning av rettsvitenskap mot ikke-vitenskap, og kan betegnes som en vertikal avgrensning (avsnitt (1) nedenfor). Den andre gjelder avgrensning av rettsvitenskap mot tilgrensende vitenskaper, og kan betegnes som en horisontal avgrensning (avsnitt (2) nedenfor).

(1) *Vertikal avgrensning av rettsvitenskap mot ikke-vitenskap*

Jeg har ikke kunnskap om noen systematisk behandling i norsk rettsvitenskap av den vertikale grensen mellom rettsvitenskap og ikke-vitenskap, dvs det man kan kalle minimumskvalitetsterskelen for rettsvitenskapelig forskning.⁵⁹ Slike spørsmål behandles fra sak til sak av bedømmelseskomiteene som vurderer juridiske doktoravhandling eller søkeres kvalifikasjoner for

⁵⁹ *Doublet og Bernt* 1993 (s 5–17) ga imidlertid interessant bakgrunnsstoff for en slik behandling, bl.a. ved å adressere spørsmålet om vitenskapelighetskriterier i et idéhistorisk perspektiv.

ansettelse i rettsvitenskapelige stillinger, se nærmere i avsnitt 2.2.3(1) og 2.2.3(2) nedenfor.⁶⁰

Den vertikale grensen mellom rettsvitenskap og ikke-vitenskap ble berørt kortfattet av Andenæs (1979 s 121 avsnitt II; 2002 s 123 flg avsnitt II), hvor han vurderte tre tradisjonelle arbeidsoppgaver i forhold til et vitenskapelighetskriterium: (i) Den første oppgaven var innsamling, gjennomtenking, ordning og systematisering av rettslig materiale, som Andenæs etter vanlig terminologi mente kunne karakteriseres som vitenskapelig, men uten å gå nærmere inn på noen kvalitetskriterier; (ii) den andre oppgaven var kartlegging av virkninger som den ene eller andre løsning av et rettslig problem ville kunne få. Også dette anså Andenæs for en vitenskapelig oppgave, men en annen sak var at rettsvitenskapernes utredninger av slik art «som regel holder seg på det enkle planet», slik at betegnelsen vitenskapelig «kanskje virker litt storartet»; (iii) den tredje oppgaven var å ta standpunkt til tvilsomme rettsspørsmål, og dét kunne ifølge Andenæs definitivt ikke skje på vitenskapelig grunnlag. For her kommer det inn «personlige holdninger og vurderinger som ligger utenfor vitenskapens område».⁶¹

Avgrensningen mellom rettsvitenskap og rettspolitikk behandles i framstillingen her som en horisontal avgrensning, se avsnitt 2.2.3(6) nedenfor. I tradisjonen etter Weber, dvs i et mer allment vitenskap-politikk-perspektiv, ville man imidlertid behandlet problemet som en vertikal avgrensning.

(2) *Horisontal avgrensning av rettsvitenskap mot tilgrensende vitenskapsgreiner*

Som framholdt i kapittel 1 avsnitt 1.3.4 foran synes det siden midt på 1990-tallet å ha vært tilnærmet samstemmighet ved de juridiske fakulteter om å legge en «vidt rettsvitenskapelig begrep» til grunn ved grensetrekkingen mot tilgrensende vitenskaper, som f.eks. rettssosiologi. Denne omforente holdningen var frukten av en forutgående skarp strid om den horisontale grensetrekkingen på Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo. Ved bedømmelsen av Kristian Andenæs' avhandling «Sosialomsorg i gode og onde dager» (1992), som hadde en tverrfaglig profil med innslag både av rettssosiologi, rettspolitikk og rettshistorie, hadde bedømmelseskomiteen enstemmig tatt det standpunkt at avhandlingen «bare» kunne tildeles den ikke fagspesifikke dr philos-graden.⁶² Andenæs' primærønske om å få forsvare avhandlingen for dr juris-graden ble ikke tatt til følge, fordi komiteen

⁶⁰ Om synet i rettsvitenskapen på hva rettsdogmatikkens kjerneoppgave er, se – i forhold til rettspolitikken – avsnitt 2.2.3(6) nedenfor, og – som kontrastering av Ross' vitenskapelighetsideal – avsnitt 2.3.3(3) nedenfor.

⁶¹ Sondringen mellom fakta og vurderinger i rettsvitenskapelig aktivitet er temaet for drøftelsen i avsnitt 2.3 nedenfor.

⁶² Bedømmelseskomiteen hadde følgende medlemmer: Nils Christie, Jon. T. Johnsen (førsteopponent), Kirsten Ketscher (andreopponent) og Asbjørn Kjønstad.

mente at Andenæs ikke hadde godtgjort at han, slik komitémedlem Asbjørn Kjønstad i ettertid formentlig formidlet den omforente komitébegrunnelsen, har

«... solide kunnskaper og dyp innsikt i juridiske grunnbegreper og rettslige resonnerer, samt at han behersker de sentrale reglene på det området som er avhandlingens tema.» (*Kjønstad* 1993 s 390 tredjesiste avsnitt.)

Kjønstad understreket riktignok også at rettsdogmatikerne etter hans syn ikke har monopol på den juridiske doktorgraden, men at det ofte er enklere å vurdere om minimumskravene er oppfylt i rettsdogmatiske avhandlinger enn i andre avhandlinger (1993 s 390 andre avsnitt). I den påfølgende *T/R*-diskusjon bidro Andenæs sjøl (1994a) og Hans Petter Graver (1994). Andenæs tok til gjenmæle mot Kjønstads kritikk og hevdet at Kjønstad hadde lagt rettsdogmatiske mål på en rettssosiologisk avhandling, og at dette nærmest var som å kritisere en prosatekst for at den ikke er skrevet i lyrikkform (s 482 siste avsnitt). Mesteparten av Andenæs' forsvar besto ellers i en detaljert imøtegåelse av Kjønstads kritikk av det rettsdogmatiske innholdet i avhandlingen, uten at denne imøtegåelsen ble kombinert med noen argumentasjon mot komiteens prinsipielle utgangspunkt (slik det er gjengitt i sitatet rett ovenfor).⁶³ Graver derimot, som i sin artikkel tok avstand fra bedømmelseskomiteens avgjørelse om ikke å la Andenæs få forsvare arbeidet sitt for dr juris-graden, gikk grundig inn på sakens prinsipielle sider, etter å ha tilkjennegitt at han var

«... uenig med dem som mener at man på et faglig vitenskapelig grunnlag kan trekke noen skiller mellom rettsvitenskapelige og andre vitenskapelige arbeider.» (*Graver* 1994 s 563 siste avsnitt.)

I sin argumentasjon viste Graver til at skillelinjene mellom de ulike vitenskapsgreinene beror på tradisjonen og konvensjonene i de respektive vitenskapsgreinene (s 564–66). Videre argumenterte Graver med at det i nordisk rettsteori var allmenn tilslutning til (i) at rettsvitenskapens emne består både av rettsnormene og rettslivet, (ii) at systematisk behandling og fortolkning av rettsnormer, dvs rettsdogmatikk i snever forstand, er rettsvitenskapens kjerneområde og (iii) at den teoretiske behandlingen av retten og rettsvitenskapen hører til det rettsvitenskapelige fagområdet (s 566 flg pkt 3.1), og at man derfor kunne sammenfatte at inndelingen mot for eksempel samfunnsvitenskapen «har utelukkende interesse i en forskningspolitisk og forskningsadministrativ sammenheng» (s 570 andre avsnitt). Graver hevdet deretter (s 570 flg pkt 3.2), basert på gjennomgåelse av et større antall eksempler fra doktorgradsbedømmelser på Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo tilbake til *Sundby* 1974, at «bruk av samfunnsvitenskapelige metoder for å supplere en rettsdogmatisk fremstilling helt klart ikke fører

⁶³ Dermed sier det seg sjøl at det ville sprengte rammene for denne framstillingen å ta stilling til uenigheten om bedømmelsen av avhandlingens rettsdogmatiske kvaliteter.

arbeidet ut over grensene for rettsvitenskapen», og at «innslag av rettsvitenskap i snevrere forstand ikke er noen nødvendig betingelse for at en avhandling skal bedømmes som rettsvitenskapelig» (s 573 første avsnitt).⁶⁴ Gravers hovedinnvending mot avgrensningskriteriet som bedømmelseskomiteen hadde valgt overfor Kristian Andenæs var etter dette at kriteriet «avviker fra det som er det tradisjonelle» (s 580 siste avsnitt). Gravers konklusjon var at

«... [e]n rent retts sosiologisk eller rettsteoretisk avhandling må kunne gis graden dr juris uten at den inneholder rettsdogmatikk eller videreutvikler spesifikt juridiske begreper.» (Graver 1994 s 582 pkt 4.4 første avsnitt.)

Diskusjonen rundt doktorgradstildelingen til Kristian Andenæs ble også ført i Oslofakultetets organer, hvor fakultetets den gang høyeste organ, Fakultetsrådet, i møte 25. april 1995 sluttet seg til et «vidt rettsvitenskapelig begrep» i tråd med styrets innstilling. Vedtaket, som så vidt vites ikke er fraveket, innebærer ellers kun to presiseringer: (i) at det for tildeling av den fagspesifikke dr juris-graden kreves cand jur-utdanning som grunnlag for opptak til fakultetets organiserte forskerutdanning, og (ii) at veileder må avgi en forhåndserklæring om at denne går god for at prosjektbeskrivelsen tilfredsstiller kravene til et rettsvitenskapelig arbeid.

Om en jurists forskningsarbeid i kraft av dette vedtaket kan tildeles dr juris-graden, eller dens avløser ph d-graden i rettsvitenskap, på Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo, også dersom arbeidet i betydelig grad skulle ha *kriminologisk* forankring, kan kanskje fortsatt by på tvil etter dette fakultetsrådsvedtaket. Ragnhild Hennum styrte i 1999 utenom en slik diskusjon ved å innlevere sin avhandling «Bevis i saker om seksuelle overgrep mot barn» til bedømmelse for dr philos-graden – som hun for øvrig enstemmig ble tildelt.

På Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen gikk man allerede høsten 1994 ett skritt lenger enn kollegene i Oslo gjorde året etter, ved at David R. Doublet ble tildelt dr juris-graden for en allment rettsteoretisk avhandling, trass i at han ikke var utdannet jurist, men derimot filosof (med filosofisk doktorgrad). Denne linjen ble fastholdt ved dr juris-tildelingen til filosofen Morten Kinander for hans rettsteoretiske avhandling i 2003. Til kontrast ble derimot filosofen Henning Herrestad, i tråd med fakultetsvedtaket fra 1995, i 1996 avspist med dr philos-graden på Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo for sin avhandling «Formal theories of rights», sjøl om han hadde fulgt fakultetets doktorgradsprogram og hadde hatt kontor-plass ved Institutt for rettsinformatikk i sin tid som stipendiat.

Jeg er enig med Graver 1994 i at en eksplisitt og snever horisontal avgrensning av rettsvitenskapen verken ville ha en vitenskapelig forankring,

⁶⁴ Det var tre avhandlinger skrevet av jurister som Graver konkret siktet til som grunnlag for denne konklusjonen: Jon Bings «Rettslige kommunikasjonsprosesser» (1982), sin egen «Den juristskapte virkelighet» (1986) og Dag Wiese Schartums «Rettsikkerhet og systemutvikling i offentlig forvaltning» (1993).

eller ville samsvare med utbredt bedømmelsespraksis. En slik avgrensning ville heller ikke være i overensstemmelse med det nettopp nevnte fakultetsvedtaket fra 1995. Derfor inneholder ikke min grunnantakelse noen horisontal avgrensning av eller annen definisjon av begrepet 'rettsvitenskap'.⁶⁵

Når det ellers gjelder uavklarte stridsspørsmål om den horisontale avgrensningen av rettsvitenskap mot tilgrensende vitenskaper, viser jeg til avsnitt 2.2.3(6) nedenfor, hvor jeg tar opp avgrensningen mellom rettsvitenskap og rettspolitikk.

2.2.3 Konfrontasjon

(1) *Kravene til juridiske doktorgrader*

En første innvending mot min grunnantakelse om den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning kunne være at grunnantakelsen innholdsmessig ikke avviker fra de gjeldende reglene om krav til juridiske doktorgrader. De generelle vitenskapelighetskrav til doktorgrader ved Universitet i Oslo framgår av Forskrift 8.12.2006 om graden philosophiae doctor (ph d) § 7.1 første avsnitt, som lyder slik:

«Avhandlingen skal være et selvstendig, vitenskapelig arbeid som oppfyller internasjonale standarder innen fagområdet. Avhandlingen skal bidra til å utvikle ny faglig kunnskap og ligge på et faglig nivå som tilsier at den vil kunne publiseres som en del av fagets vitenskapelige litteratur.»⁶⁶

I denne formuleringens sammenknytting av «vitenskapelig arbeid» med «internasjonale standarder» gis iallfall for rettsvitenskapens del en nokså luftig inngang til en konvensjonell forskerfellesskapsforståelse av vitenskapelighetskravet.⁶⁷ «Veiledende retningslinjer for nivået for juridiske doktorgrader» ved de tre juridiske fakultetene, vedtatt i felles fakultetsmøte for juridiske fag 4.12.1995, gir – med atskillig flere ord – en liknende, men like underforstått, inngang til vitenskapelighetsnormen. I den operativt viktigste delen av retningslinjene, som inkorporerer konklusjonene fra en forutgående komitétilråding i disse, står det følgende:

«De avgjørende minstekrav til faglig kvalitet til en juridisk doktoravhandling må ... være at avhandlingen fremtrer som et selvstendig bidrag til kunnskap og innsikt rettsvitenskapelig sett, og at avhandlingen er utarbeidet i henhold til tilfredsstillende meto-

⁶⁵ Definisjonen jeg ga av 'rettsvitenskap' i kapittel 1 avsnitt 1.3.4 foran blir dermed stående som en ostentativ definisjon, som viser til den til enhver tid rådende oppfatning om den horisontale avgrensningen.

⁶⁶ Forskriften, som er fastsatt av rektor etter fullmakt fra universitetsstyret, er tilgjengelig på <<http://www.uio.no/admhb/reglhb/forskning/drphilos/phdforskr.xml>>, sist besøkt 2.4.2007.

⁶⁷ Formuleringen har ligget fast iallfall i en tiårsperiode. En liklydende formulering fantes i § 8.1 første avsnitt i forskrift 8.4.1997 for gradene dr theol, dr juris, dr med, dr art, dr scient, dr odont, dr polit og dr psychol ved Universitetet i Oslo.

der når det gjelder innsamling og systematisk fremstilling av materiale, dokumentasjon[s]rutiner, klarlegging av problemer og begreper, materialbruk, og drøftelse av problemer innenfor avhandlingsområdet. Komiteen antar videre at når doktoravhandlingen utgjør den sentrale del av *forskerutdanningen*, er det grunn til å legge større vekt på de metodemessige krav enn på krav til originalitet og nyhetsverdi. ...

Et hovedkrav må derfor bli at doktoranden gjennom sin avhandling dokumenterer at vedkommende behersker rettsvitenskapelige metoder i den grad som trenges for selvstendig å kunne gjennomføre juridiske forskningsoppgaver. I dette ligger også at avhandlingen bør inneholde tilstrekkelige problemorienterte innslag og at disse behandles og presenteres innenfor en velegnet systematisk ramme.»⁶⁸

De normene som her er formulert, altså først og fremst Doktorgradsforskriftens krav om «selvstendig, vitenskapelig arbeid som oppfyller internasjonale standarder», og kravene i de veiledende retningslinjene om at avhandlingen resultatmessig framtrer som et «selvstendig bidrag til kunnskap og innsikt» og med hensyn til utarbeidelse følger «tilfredsstillende metoder», er typiske *avveiningsnormer*, og de siterte tekststrengene danner disse normenes *avveiningsmarkører*.⁶⁹

Med mindre raffinert terminologi, slik rettsvitenskapen fikk den introdusert av *Knoph* 1939 (s 1–17), ville man isteden nytte betegnelsen «rettslige standarder» om de nevnte kriteriene for evaluering av forskningskvalitet. I fortsettelsen foretrekker jeg imidlertid Eckhoff og Sundbys begrepspar.

I og med at verken Doktorgradsforskriften eller retningslinjene til denne gir noen definisjon eller eksemplifisering av disse avveiningsmarkørenes betydning eller omfang, vil jeg hevde at det er forsvarlig å legge til grunn at den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapen forvaltes dels i form av taus kunnskap i forskerfellesskapet, dels gjennom bedømmelseskomiteenes skriftlige evalueringer av innleverte doktorgradsarbeider, dels gjennom den kritikk som måtte framkomme under disputaser og – som jeg tematiserer i det følgende avsnitt 2.2.3(2) – dels gjennom de sakkyndige komiteenes uttalelser i saker om ansettelse i vitenskapelige stillinger.

Doktorgradsforskriftens krav om at en avhandling skal være et «selvstendig» vitenskapelig arbeid må i utgangspunktet tolkes i lys av hevdvunne oppfatninger om hva som karakteriserer et vitenskapelig arbeid, jf avsnitt 2.2.1 foran. Det kan nok derfor være et plausibelt uttrykk for slike oppfatninger at de veiledende retningslinjene tolker sjølstendighetskravet i Doktorgradsforskriften primært som et krav om metodologisk sjølstendighet, altså at den avhandlingsskrivende i første rekke skal dokumentere sine kvalifikasjoner for inntreden i det etablerte forskerfellesskapet. Når disse retningslinjene videre uttaler at det «er grunn til å legge større vekt på de metodemessige krav enn på krav til originalitet og nyhetsverdi», vil jeg li-

⁶⁸ Retningslinjene er tilgjengelige på <<http://www.jus.uio.no/forskning/phd/niva.html>>, sist besøkt 2.4.2007.

⁶⁹ Se nærmere om denne terminologien henholdsvis *Sundby* 1974 (s 200 siste avsnitt) og *Eckhoff og Sundby* 1991 (s 108 andre avsnitt).

kevel innvende at en slik standardsetting er diskutabel vurdert på bakgrunn av substanskravet til vitenskapelig forskning – at «[v]itenskapelig forskning skal være av prinsipielt nyskapende natur», slik jeg tidligere har sitert NOU 1991: 24 (s 38 pkt 4.4 første avsnitt).

Min grunnantakelses krav om analytisk sjølstendighet kan ikke gjenkjennes i de gjeldende reglene for doktorgradsbedømmelser, men må anses for dekket opp av de mer omstendelige formuleringene til metodekvalitet i de veiledende retningslinjene, samt i Doktorgradsforskriftens allmenne henvisning til «internasjonale standarder». Innholdsmessig er det neppe noen forskjell her, men større grad av eksplisitet ville av pedagogiske vært å foretrekke.

I motsetning til min grunnantakelse, som oppstiller et krav om «argumentativt etterprøvbare holdbarhet» i forhold til oppnådde resultater, er denne allment anerkjente metodologiske vitenskapelighetsnormen bare indirekte dekket opp av Doktorgradsforskriftens formulering «vitenskapelig arbeid som oppfyller internasjonale standarder innen fagområdet». Innholdsmessig er det nok ingen forskjell her heller, men en tydeligere formulering ville også her vært å foretrekke.

At de gjeldende reglene i motsetning til min grunnantakelse ikke inneholder noen formulering om beherskelse av forskningsteori, innebærer slik jeg ser det at tilnærmingen til dette spørsmålet har skjedd over lesten «the proof of the pudding is in the eating». En slik tilnærming må være uangripelig, for ingen ønsker seg vel rituelle framstillinger av ukontroversiell metodeteori i innledningskapitlet til doktoravhandlingene. Men det må likevel være mulig å oppmuntre til mer metodeteoribevissthet, dvs at bedømmelseskomiteene uttrykkelig – og synlig – krediterer rettsdogmatisk skrivende doktorander som hever seg over alminnelige formuleringer av typen «analysene får tale for seg», eller «[d]en metode jeg legger til grunn ... avviker ikke fra den metode som er vanlig», slik det het i noen doktoravhandlinger på Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo for noen år siden.

De gjeldende reglene for doktorgradsbedømmelser oppstiller, i likhet med min grunnantakelse, ingen kriterier for hva som er vitenskap i ontologisk forstand. Men reglenes formuleringer om originalitet og nyhetsverdi setter utvilsomt – i motsetning til min grunnantakelse, som er reint metodologisk – en nedre kvalitetsterskel for vitenskap i substansiell forstand, altså en avgrensning mot ikke-vitenskapelige framstillinger av rettsvitenskapelige temaer.

Spørsmålet om min grunnantakelse om den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning strider mot de nå gjengitte regler og retningslinjer for doktorgradsbedømmelse kan etter dette besvares slik: For det første innebærer siste avsnitt i det foran gjengitte utdrag fra de veiledende retningslinjene at de metodologiske spørsmålene er skjøvet i forgrunnen som de vesentligste ved kvalitetsbedømmelsen. For det andre inneholder Doktorgradsforskriften og de veiledende retningslinjene ellers ikke avveiningsmarkører som innholdsmessig avviker fra min grunnanta-

kelse, eller indikerer at vitenskapelighetsnormen i grunnantakelsen er for streng. For det tredje – og det tror jeg er det mest interessante poenget – vil jeg hevde at empiriske undersøkelser trengs for å kunne danne seg et holdbart bilde av hvordan den metodologiske vitenskapelighetsnormen faktisk praktiseres i norsk rettsvitenskap. Slike undersøkelser ville imidlertid sprengte rammene for denne avhandlingen.

På bakgrunn av forslaget til lovfesting av friheten til «å velge emne og metode» for forskningen, fremmet i Ot prp nr 67 (2006–2007) i en ny § 1-5(5) i Universitets- og høyskoleloven 1.4.2005 nr 15, som sammen med retten til offentliggjøring av forskningsresultater av departementet ble framstilt som «kjernen i den individuelle akademiske friheten»⁷⁰, må det uansett være grunn til å forvente at Doktorgradsforskriften og de veiledende retningslinjene snarlig får en tilsvarende klargjøring. Spørsmålet om forslaget i den nye § 1-5(1) om at den enkeltes forskning må «utøves i overensstemmelse med anerkjente vitenskapelige ... prinsipper» også bør avstedkomme en tilsvarende klargjøring av det operative regelverket, kan vel være mer diskutabelt. Denne grovt tilhuggete rammen for forskningsfriheten innebærer neppe noen realitetsendring, jf bemerkningen om bestemmelsen i avsnitt 2.2.1(3.2) foran.

Trass i at doktorgradsbedømmelser utgjør en vitenskapelig kjerneaktivitet på de juridiske fakultetene i Norge, og at slike bedømmelser både etter (i) internasjonalt anerkjente normer for kritisk offentlighet innenfor vitenskapssamfunn og etter (ii) de hovedhensyn som bærer offentlighetslovgivningen ubestridelig burde vært lett tilgjengelige for allmennheten, er det så vidt vites ikke etablert noen publiseringsordning for disse bedømmelsene på noen av de juridiske fakultetene. På Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo var doktorgradsbedømmelsene tvert imot unntatt offentlighet helt til dekanus Frederik Zimmer i 1996 tok et initiativ for å få fjernet det taushetens slør som til da hadde innhugget bedømmelseskomiteenes innstillinger.⁷¹ Etter at saken var blitt utredet av Henning Jakhell, traff fakultetsstyret 16.9.1997, i tråd med Jakhells tilråding, vedtak om at en doktorgradsbedømmelse ikke lenger skulle regnes som taushetsbelagt som opplysning om «personlige forhold» etter Fvl § 13(1)(1), og at det skulle praktiseres meroffentlighet etter Offvl § 2(3) for bedømmelsene.

Meroffentlighetssynsvinkelen har sammenheng med at bedømmelsene etter Offvl § 5(1)(b) rubriseres som «interne dokumenter» utarbeidet av «særlige rådgivere», fordi beslutningskompetansen formelt ikke ligger i bedømmelseskomiteene. At denne meroffentlighetssynsvinkelen hittil bare har blitt gjennomført halvhjertet, kommer jeg tilbake til i det følgende avsnitt 2.2.3(2).

(2) *Kravene til ansettelse i vitenskapelige stillinger*

En andre innvending mot min grunnantakelse om den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning kunne være at grunnantakelsen innholdsmessig ikke avviker fra de gjeldende reglene om

⁷⁰ Ot prp nr 67 (2006–2007) s 19 andre sp tredje avsnitt.

⁷¹ All ros til Zimmer for dette initiativet – men mer enn 10 år etterpå må det være tillatt å rope at undertegnede ga ham ideen.

krav for ansettelse i vitenskapelige stillinger. Lovgrunnlaget for ansettelse i vitenskapelige stillinger er Universitets- og høyskoleloven 1.4.2005 nr 15 § 6-3(3), som oppstiller et krav om «sakkyndig bedømmelse». Nærmere regler om slik bedømmelse er gitt i Forskrift 9.2.2006 nr 129 om ansettelse og opprykk i undervisnings- og forskerstillinger.

Problemet i forhold til min grunnantakelse er at resultatene av slike bedømmelser hittil *som helhet* har vært regnet som taushetsbelagt etter Fvl § 13(1). Grunnen er at man ikke har sørget for å balansere *på en praktisk måte* de hensyn som skjuler seg bak formuleringen «personlige forhold» i denne bestemmelsen, altså hensynet til privatlivets fred og personopplysningsvernbehov ellers, mot hensynet til offentlig innsyn i bedømmelser av vitenskapelig kompetanse. Det hadde vært en smal sak å disponere de sakkyndige bedømmelsene slik at det ble en overkommelig administrativ oppgave å tilrettelegge for tilgjengeliggjøring av den vitenskapelige bedømmelsen, mens omtale av personlige egenskaper og andre taushetsbelagte opplysninger fortsatt kunne behandles med lovbestemt diskresjon. Trass i fakultetsstyrevedtaket 16.9.1997 om å praktisere meroffentlighet for doktorgradsbedømmelser, har fakultetet når det gjelder bedømmelser for akademiske stillinger understreket at vurderingen fra den sakkyndige komiteen er unntatt fra offentlighet etter Offvl § 6(1)(4). Søkere til slike stillinger er rutinemessig blitt orientert om at bedømmelsen er underlagt overført taushetsplikt, slik som gjelder etter Fvl § 13 b(2), jf § 13 b(1)(1) når man som stillingssøker til alminnelige ikke-vitenskapelige stillinger i forvaltningen blir gjort kjent med taushetsbelagte opplysninger om andre søkere.⁷²

Dermed er det empiriske grunnlaget for å kunne bedømme hvordan sakkyndigbedømmelsen for ansettelse i vitenskapelige stillinger forholder seg, vurdert opp mot min grunnantakelse, ikke alminnelig tilgjengelig.

Det er ingen hemmelighet at fakultetet isteden kunne ha valgt meroffentlighetsvarianten, jf Offvl § 2(3), som alminnelig saksbehandlingsrutine i saker om ansettelser i vitenskapelige stillinger. Det forannevnte fakultetsstyrevedtaket la faktisk til rette for meroffentlighet også i slike ansettelsesaker, gjennom følgende formulering:

«Med mindre sterke personvern hensyn taler mot det, og innenfor de grenser som følger av reglene om taushetsplikt praktiserer Det juridiske fakultet meroffentlighet for *alle innstillinger* fra sakkyndige bedømmelseskomiteer. Spørsmålet om innsyn i de avsnitt av stillingsbedømmelser som direkte gjelder den innbyrdes rangering av flere kompetente søkere til samme stilling(er) behandles likevel individuelt. (Fakultetsstyrevedtak 16.9.1997 i sak nr 6/97. Min kursivering.)»

Det er imidlertid ubestridelig at dette fakultetsstyrevedtaket *ikke* har blitt fulgt opp i praksis i ansettelsessaker. Det er ukjent for meg hva som er

⁷² Empirien jeg bygger på her er bl.a. Det juridiske fakultets ansettelsessak med ref 05/12868 og 05/18167, våren 2006, hvor jeg sjøl var søker.

sammenhengen her. Fakultetet gis uansett med dette fått en klar oppfordring om å rydde opp i den rådende praksisen. Oppfordringen er ikke primært forankret i ønsket om å få til en effektiv gjennomføring av fakultetsstyrevedtaket av 16.9.1997. Offentlighet rundt den sakkyndige bedømmelsespraksisen i ansettelsessaker trengs basalt for å holde den metodologiske vitenskapelighetsnormen i hevd i samsvar med internasjonalt anerkjente normer i vitenskapssamfunnet, videre som preventivt tiltak mot dårlig arbeid fra bedømmelseskomiteene, og sist, men ikke minst, mot at det tas «innersvinger», eller skjer unnasluntring eller reint kameraderi under bedømmelsesprosessen.

Offentlighet supplert med en hensiktsmessig publiseringsordning på nettet ville bringe de sakkyndige bedømmelsene i samsvar både med anerkjente forskningsidealer og min grunnantakelse om den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning.

At det rådende hemmeligholdet fungerer som behagelig slør over bedømmelsespraksis av vekslende kvalitet, tør være ubestridelig. Jeg viser til kanskje det eneste publiserte eksemplet i Norge på analyse av en stillingsbedømmelse for ansettelse som rettsvitenskaper: Kristian Andenæs' drøftelse i 1994 av bedømmelsen i 1978 av Nils Kristian Sundby for et professorat på Institutt for privatrett, Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo (*Kr. Andenæs 1994b*). Andenæs' artikkel nevner jeg her uten å kommentere innholdet nærmere – likevel med det innsmett at det sier en del om fraværet av offentlighetskultur rundt slike stillingsbedømmelser når Andenæs, 16 år etter bedømmelsen, fortsatt unnlot å navngi bedømmelseskomiteens medlemmer.

I Offentleglova 19.5.2006 nr 16⁷³ er det for øvrig i § 15 om unntak fra offentlighetsprinsippet for dokument innhentet utenfra for den interne saksforberedelsen, gjort betydelige innstramminger i forhold til gjeldende rett når det gjelder adgangen til å gjøre unntak fra innsynsrett. § 15(2) hjemler i forhold til dokument som «inneholdt råd og vurderingar av korleis eit organ bør stille seg i ei sak», unntak fra innsynsretten bare «når det er påkravd av omsyn til ei forsvarleg ivaretaking av det offentlege sine interesser i saka». Men trass i denne lovende utvidelsen av allmennhetens innsynsrett i den generelle hovedbestemmelsen, hjemler § 25(1) generelt unntak fra innsynsrett for dokument om tilsetning eller forfremmelse i offentlig stilling. Vi har altså gjennom Offentleglova neppe kommet noe formelt skritt nærmere innsynsrett for allmennheten i sakkyndige bedømmelser av søkere til vitenskapelige stillinger. Det er mao fortsatt de juridiske fakulteter som må kjenne sin besøkelsestid når det gjelder å få endret praksis i disse sakene.

Spørsmålet om min grunnantakelse om den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning strider mot de gjeldende reglene om krav for ansettelse i vitenskapelige stillinger, må etter dette gis det korte svaret at empiriske undersøkelser trengs for å gi et holdbart svar – og at det får bli en kollektiv utfordring for forskerfellesskapet av rettsvitenskaper å få til dette.

⁷³ Loven er i kraft fra 1.1.2009 ifølge Kgl res 17.10.2008 nr 1118.

(3) *Høyesterettsdommeres metodologiske kompetanse for å delta i bedømmelseskomiteer*

En tredje innvending mot min grunnantakelse om den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning kunne være at den trolig ville innebære at høyesterettsdommere ikke lenger uten videre kan regnes som kompetente for deltakelse i bedømmelseskomiteer. Doktorgradsforskriften 8.12.2006 for Universitetet i Oslo oppstiller i § 13(1) det krav til bedømmelseskomiteenes sammensetning at «alle medlemmene har doktorgrad eller tilsvarende kompetanse». Formuleringen «tilsvarende kompetanse» er formentlig en gammel formulering, som åpner for å vektlegge realkompetanse foran formalkompetanse, og en slik regel vil trolig ha brei oppslutning over faggrensene i vitenskapssamfunnet. Høyesterettsdommere har imidlertid i min tid som forsker på Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo flere ganger blitt oppnevnt til å bedømme rettsdogmatiske doktoravhandlinger, uten at deres vitenskapelige kvalifikasjoner for et slikt verv har vært opplyst på en tilforlatelig måte. Blant professorene på fakultetet er det sågar de som overfor meg har gitt uttrykk for det syn at en høyesterettsdommer *som sådan* er kvalifisert til å sitte i bedømmelseskomiteer for rettsdogmatiske doktoravhandlinger.

Et slikt standpunkt deler ikke jeg; liksom for andre som påberoper seg realkompetanse, må den vitenskapelige produksjonen – den ubestridelig sentrale og utslagsgivende målestokk for rettsvitenskapelige kvalifikasjoner – i utgangspunktet være avgjørende. Derfor burde det være sjølsagt at fakultetet i forbindelse med oppnevning av bedømmelseskomiteer eksplisitt opplyser om medlemmenes vitenskapelige kvalifikasjoner. For medlemmer med doktorgrad trengs i utgangspunktet intet mer enn å titulere dem på sedvanlig måte, dvs med navn etterfulgt av akademisk grad. Men når det gjelder høyesterettsdommere som oppnevnes på basis av realkompetanse, må fakultetet på annen måte uoppfordret gi vitenskapssamfunnet og den alminnelig interesserte offentlighet den informasjon som trengs – med den angloamerikanske habilitetsmaksimen om at «Justice has to be seen to be done» som ledestjerne.

Etter min mening er det uholdbart å legge til grunn at en høyesterettsdommer alene i kraft av sitt embete har tilstrekkelig vitenskapelige kvalifikasjoner for å bedømme rettsdogmatiske avhandlinger. Et slikt standpunkt er det bare hold i, dersom man setter likhetstegn mellom rettsdogmatisk forskning og rettsanvendelse, altså mellom rettsvitenskapelig metode og rettsanvendelsesmetode – for knapt noen jurist vil hevde at høyesterettsdommere ikke må regnes blant våre best kvalifiserte rettsanvendere. Praktisk rettsanvendelse, som høyesterettsdommere utøver, vil imidlertid sjøl i de mest kompliserte sakene ikke ha annet siktemål enn å utmynte de rettsreglene og foreta den bevisbedømmelse som trengs for å avslutte saken ved

dom eller kjennelse. Sjøl de mest briljante blant høyesterettsdommerne vil neppe kunne hevde at slik aktivitet er vitenskapelig kvalifiserende.

Formulert på en annen måte: bare dersom kriteriet «tilstrekkelig beherskelse av forskningsmetode» tolkes som «tilstrekkelig beherskelse av rettsanvendelsesmetode», og man bortfortolker tillegget «og forskningsteori», i min grunnantakelse, vil den rådende praksis unngå å grunnstøte mot denne.

Høyesterettsdommere med doktorgrad eller tilsvarende bakgrunn fra vitenskapelige stillinger ved de juridiske fakulteter, er det ut fra dette ubetenkelig å oppnevne til bedømmelseskomiteer. Og etter konkret vurdering av rettsvitenskapelig realkompetanse må det rimeligvis være minst like ubetenkelig å oppnevne høyesterettsdommere til bedømmelseskomiteer, som jurister i sin alminnelighet. Gunnar Aaslands kompetanse for å sitte i en bedømmelseskomité måtte f.eks. etter min vurdering være ubestridelig, ikke først og fremst pga hans produksjon i yngre år som forsker på Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo, men pga hans analytiske evner og djervhet som førstvoterende i flere skjellsettende domsavsigelser.

Sjøl om jeg her har fokusert på høyesterettsdommeres rettsvitenskapelige realkompetanse, stikker nok problemet dypere. Flere ganger har praktiserende advokater vært oppnevnt som medlem av bedømmelseskomiteer, uten at deres vitenskapelige kvalifikasjoner har framstått som notoriske. Følgelig kunne man reise samme tvil om legitimiteten til disse oppnevnelserne – trass i at de oppnevnte trolig ubestridelig har vært eksperter på det rettsområdet som var avhandlingens tema.

Innvendingen om at min grunnantakelse om den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning ville medføre at høyesterettsdommere ikke lenger uten videre kan regnes for kompetente til å delta i bedømmelseskomiteer, kan etter dette besvares bekræftende. Men et slikt resultat ville trolig bidra til en høyning av det vitenskapelige nivået i komiteene.

(4) Forutsetningen om at rettsavgjørelser faktisk begrunnes rasjonelt

En fjerde innvending mot min grunnantakelse om den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning kunne være å hevde at grunnantakelsen unnlater å eksplisere de rasjonalitetsforutsetningene den bygger på. Jeg tenker da særlig på spørsmålet om grunnantakelsen bygger på enten en forutsetning om at rettsavgjørelser faktisk er rasjonelt begrunnet (se pkt (i) nedenfor), en forutsetning om aktørrasjonalitet på individnivå (pkt (ii)), eller en forutsetning om rettsanvendelsens rasjonelle siktemål (pkt (iii)).

(i) Om min grunnantakelse bygger på en forutsetning om at rettsavgjørelser faktisk er rasjonelt begrunnet: Den som i nyere tid i skarpest ordelag

har kritisert norske rettsrealister (Eckhoff, Sundby og Eng) for i likhet med Ross å ha tatt for gitt at Høyesteretts domspremisser langt på vei er «fasadelegitimasjon», er *Bergo* 2000 (s 34–46). Etter min mening skjøt Bergo her klart over mål med sin kritikk, fordi overdrivelsene hos *Ross* 1953 var åpenlyst kontrainuitive, og iallfall ikke er blitt fulgt opp i de nevnte norske forfatternes arbeider. Både i den skandinaviske rettsrealismetradisjonen og i den nordamerikanske rettsrealismetradisjonen, som på flere måter var dens forbilde, hører det ellers med til «barnelærdommen» å skille mellom «the process of discovery» og «the process of justification». En slik sontring, som impliserer at dommerne ikke alltid skriver hvordan de har tenkt, innebærer ikke at domspremisser nødvendigvis er fasadelegitimasjon, se på dette punkt kritikken som *Høgberg* 2001 (s 346–47) rettet mot Bergos bok. Og viktigere: at dommer og andre rettsavgjørelser ikke alltid formuleres med åpne premisser, forhindrer ikke rettsvitenskapene fra å analysere dem med sikte på å ta stilling til de faktisk foreliggende premissenes rasjonalitet. Med sikte på en analyse av rettsavgjørelser kan man ikke ta for gitt at den anførte begrunnelsen er en mindre interessant forskningsgjenstand enn den hypotetisk foreliggende, bakenforliggende «egentlige» begrunnelsen – et poeng som *Bankowski* m.fl. 1991 (s 16–18) etter min mening med rette har påpekt.

Min grunnantakelse bygger ikke på bestemte forutsetninger om det faktiske omfanget av fasadelegitimasjon av rettsavgjørelser. Men betegnelsen «argumentativ etterprøvbart holdbarhet» impliserer at den rasjonelle argumentasjonen er en fundamental verdi, ikke bare i rettsvitenskapelig argumentasjon i alminnelighet, men også i de rettsavgjørelsene som utgjør et sentralt kildemateriale for slik argumentasjon.

(ii) *Om min grunnantakelse bygger på en forutsetning om aktørrasjonalitet på individnivå:* Spørsmålet her kan reformuleres som et spørsmål om grunnantakelsen bygger på det man i samfunnsvitenskapen kaller bestemte modellforutsetninger.⁷⁴ Ved å spørre om grunnantakelsen forutsetter aktørrasjonalitet på individnivå, spørres det om grunnantakelsen bygger på rasjonelt valg-modellen, som forutsetter at samfunnet er skrudd sammen av enkeltindivider som handler rasjonelt for å maksimere egennytte. Jeg kan overhodet ikke se at denne modellen, eller andre samfunnsvitenskapelige modeller, er nødvendige forutsetninger for min grunnantakelse, og velger derfor ikke å gå nærmere inn på denne problemstillingen.

(iii) *Om min grunnantakelse bygger på en forutsetning om at rettsanvendelsen har et rasjonelt siktemål:* Spørsmålet om rettsanvendelsen har et rasjonelt siktemål, er av de spørsmål som faktisk har vært adressert en god del, ikke bare i rettsvitenskapen, men også i samfunnsvitenskapen. Iallfall i norsk og norskinfluert rettsvitenskap synes oppfatningen å være at det er grunnlag for å svare ja på dette spørsmålet. Rasjonalitetsforutsetningen

⁷⁴ Generelt om modeller i samfunnsvitenskapen, se *Grimen* 2000 (s 68–85) og 2004 (s 69–87).

kommer typisk fram gjennom formuleringer av de ulike praktiske siktemål med rettsordningen (fastsetting av rammer for samfunnsmedlemmenes sjølutfoldelse, konfliktløsning, osv).

Forutsetningen om rettsordningens rasjonelle siktemål er vel en av de vitenskapsteoretiske grunnantakelser som synes å bli tatt for gitt i norsk rettsvitenskap i dag. En rekke retts sosiologer har riktignok siden 1950-tallet utfyllt dette fraværet av problematisering med forskningsarbeider om rettsordningens tilskitete og utskitete virkninger, herunder latente funksjoner, som bl.a. underminerer en altfor optimistisk oppfatning av hva man kan oppnå med rettslig styring. De sentrale innsiktene fra disse arbeidene har vært pensumlitteratur for norske jurister i flere tiår, og jeg ser derfor ikke behov for å parafrasere arbeidenes sentrale funn her (ingen nevnt, ingen glemt!).

I nyere skandinavisk rettsteori er svensken Stig Strömholm en typisk representant for en posisjon hvor rasjonalitetsforutsetningen tas for gitt:

«Et grundläggande antagande, som kunde förefalla självklart, om man med tolkning inom rättstillämpningens ram avser "att söka en mening", borde vara att verksamheten är mödan värd – at *det faktiskt finns en förnuftig mening ...*» (Strömholm 1992 s 380 kap 21.1.3 første avsnitt.)

Den finske rettsvitenskaperen Kaarlo Tuori har valgt å forankre sin rasjonalitetsforutsetning i Max Webers rasjonalitetstypologi. Webers formålsrasjonalitetsbegrep, utviklet i «Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie» (1913), bygde ifølge Tuori 2002 (s 256 flg) på det syn at det moderne menneskes liv var karakterisert ved internalisert tro på at hverdagslivets betingelser – hva enten det dreide seg om trikker, heiser, domstoler, hæren eller medisin – var essensielt rasjonelle (menneskelige) frambringelser, tilgjengelige for rasjonell kunnskap, produksjon og kontroll. Tuori hevdet at Webers syn kunne sammenfattes som at

«... the legitimacy of formal rational law would be based on a belief in its rational basis.» (Tuori 2002 s 258 tredje avsnitt.)

Tuori understreket som sitt syn at denne rasjonalitetsforståelsen innbefatter en fordring om rettferdiggjøring:

«... Rationality entails justifiability: the reasons given for a claim of rationality can be contested by counter-arguments. ...» (Tuori 2002 s 258 nestste avsnitt.)

En slik sammenknytning av rasjonalitetsforutsetningen med rettferdiggjøring gjennom begrunnbarhet er godt forenlig med min grunnantakelse.

I nyere norsk rettsteori har Sæther Mæhle 2005 (s 33 flg) poengtert at

«[i] en rettsstat forutsettes det at rettsanvendelsen skal være rasjonell; i betydningen begrunnet og rettferdiggjort» (Sæther Mæhle 2005 s 59 nestste avsnitt).⁷⁵

⁷⁵ I likhet med meg har også Sæther Mæhle latt seg inspirere av Tuori 2002 (s 256 flg).

På spørsmålet om denne rasjonalitetsforutsetningen legger føringer for min grunnantakelse om den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning, er svaret etter dette et betinget ja. Betinget, fordi man ikke kan utelukke at norsk rettsvitenskap også innenfor en hypotetisk annen rettsordning enn den nåværende, f.eks. innenfor en diktaturstat med vilkårlig rettsordning, ville ha fastholdt den samme grunnantakelsen. Men da ville man ha måttet definere «rasjonalitet» på en måte som tilpasser kartet til en slik virkelighet. Med en slik forutsetning vil rettsanvendelsens rasjonelle siktemål neppe måtte anses som en nødvendig betingelse for min grunnantakelse om den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning.

(5) Irrasjonelle trekk ved vitenskapssamfunnene

En femte innvending mot min grunnantakelse om den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning kunne være å hevde at den ikke tar høyde for eventuelt irrasjonelle trekk ved vitenskapssamfunnene. Øfsti 1994 (s 32 første avsnitt m/note 32) har poengtert at det for Popper 1945 (bind II s 217–18) var et fundamentalt utgangspunkt at en erfaringsbasert vitenskapsteori bare kunne etableres på en rasjonalitetsforutsetning som *måtte tas for gitt*, dvs som ikke sjøl var begrunnbar.⁷⁶ Da Thomas S. Kuhn i 1962 utga «The Structure of Scientific Revolutions» med et hovedbudskap om at vitenskapen utvikler seg gjennom irrasjonelt fastholdte paradigmer, var spranget fra Poppers såkalte kritiske rasjonalisme følgende neppe så stort. Imidlertid kan man vanskelig påberope Popper eller Kuhn til støtte for det syn at den manglende begrunnbarheten for vitenskapens paradigmer eller grunnantakelser impliserer at man må stille spørsmålsteget ved det rasjonelle grunnlaget for utfoldelse av vitenskapelig aktivitet.

Utviklingen i vitenskapsteorien etter andre verdenskrig henimot en relativistisk, rasjonalitetsskeptisk posisjon nådde trolig et klimaks med Paul Feyerabend.⁷⁷ Hans slagord *Anything goes* (2001 s 14 flg) spissformulerte på en spøkefull måte det syn at en vitenskapsteori som ikke kunne klare seg uten noen grunnantakelser, like gjerne kunne ta hvilket som helst utgangspunkt (Nydal 2002 s 73–92). Jeg vil ikke gå nærmere inn på dette spørsmålet, ut over å hevde det syn at teorier om irrasjonelle trekk ved vitenskapssamfunnenes utvikling må undergis samme metodologiske kritikk som hvilken som helst annen teori. Det er uansett vanskelig å forestille seg at

⁷⁶ «... whoever adopts the rationalist attitude does so because without reasoning he has adopted some decision, or belief, or habit, or behaviour, which therefore in its turn must be called irrational. Whatever it may be, we can describe it as an irrational *faith in reason*. Rationalism is therefore far from comprehensive or self-contained. ...» (Popper 1945 bind II s 218 andre avsnitt.)

⁷⁷ Se særlig «Against Method» (1975), «Science in a Free Society» (1978) og «Farewell to Reason» (1987).

eventuelt irrasjonelle trekk ved paradigmeskifter i vitenskapssamfunnene vil underminere det rasjonelle grunnlaget for oppstilling og fastholdelse av en slik metodologisk vitenskapelighetsnorm som min grunnantakelse formulerer.⁷⁸

Forutsetningen om rettsordningens rasjonalitet har også blitt kritisert av flere *postmodernistiske* rettsteoretikere. Et hovedsiktemål ved denne kritikken har ikke vært å stille spørsmål ved forutsetningene for utøvelse av rettsvitenskapelig forskning, men derimot å betvile legitimiteten til alminnelig rettsanvendelse. Den amerikanske rettsvitenskaperen Gary Minda har hevdet at den postmodernistiske posisjonen forkaster enhver pretensjon om konsensusbaserte rettslige avgjørelser:

«... Postmoderns argue that decision making according to rule is not possible, because rules are dependent upon language, and language is socially and culturally constructed and hence incapable of directing decision makers to make consistent and objective choices. Objectivity is possible only if agreement or consensus about different interpretive practices can be reached. Consensus about acceptable meanings of words is possible, but only if legal interpreters can agree about the “correct” method for legal interpretation. The proliferation of different interpretive methods in law means that consensus is no longer possible.» (Minda 1995 s 245 andre avsnitt.)

En postmodernistisk antakelse om at rettsregelstyrt beslutningstaking er umulig, fordi rettsreglene er avhengige av et sosialt og kulturelt konstruert språk, er etter mitt syn ingen nødvendig konsekvens av å oppgi troen på «det moderne prosjektet». Som kritikk av min grunnantakelse om den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning kan nok en slik synsvinkel som Minda gjenga ha noe for seg, forstått som kritikk av (sterk) realisme i erkjennelsesteoretisk forstand og (sterk) kognitivism i moralfilosofisk forstand, men disse filosofiske grunnposisjonene har ingen privilegert status i vitenskapelige diskusjoner i vår kulturkrets. Derfor skyter en slik postmodernistisk kritikk over mål.⁷⁹

Jan Thon anvendte i sin dr art-avhandling «Refleksjon – kritikk – protest : Forståelsesformer i unglitterære tidsskrifter: Heretica, Rondo og Profil», Oslo: unipub 2001, [Acta humaniora nr 102], Pierre Bourdieu som basis for en analyse av spillet om makt og posisjoner innenfor *det litterære feltet*. Følgende spissformulering fra Thons disputas, her ført i pennen av Bendik Wold i Klassekampen, kunne eventuelt ha vært brukt som plattform for en kritisk innvending mot min egen metodediskusjon: «... Det særegne ved den unglitterære modus [er] nettopp maktbevisstheten og den strategiske tenkningen: Målet er å tre inn i det litterære feltet og bli kanonisert, men første steg på veien er å bli anerkjent som *verdisettere*. ...» (Wold 2001.) Det kan vel ikke bestrides at arbeid med en doktoravhandling både fra den avhandlingsskrivendes synsvinkel og sett utenifra kan karakteriseres som «strategisk handling», slik denne betegnelsen brukes i bl.a. sosiologi og handlings- og beslutningsteori. Men dermed er det etter min mening ikke legitimert at den avhandlingsskrivende oppgir å handle rasjonelt.

⁷⁸ Om paradigmeskifter forstått henholdsvis som irrasjonelle brudd eller gradvis teorisubstitusjon, se framstillingen av Luhmanns kritikk av Kuhn i kapittel 1 avsnitt 1.3.1(2) foran.

⁷⁹ Om min egen svakt nonkognitivistiske moralfilosofiske posisjon, se kapittel 3 avsnitt 3.1.2 nedenfor.

Den amerikanske postmodernistisk influerte litteratur- og rettsteoretikeren Stanley Fish har dratt denne mistenkeliggjøringen av vitenskapsteoretisk debatt noen hakk lenger. Jeg gjengir fra hans landsmann Christopher Norris' formidlende ord:

«... [U]ansett ... kan man ikke annet enn å betrakte [vitenskaps]disiplinene som i bunn og grunn retoriske rollespill, konstruert med det for øyet at deltakerne skal vinne anerkjennelse hos dem hvis mening teller, og som derved konstituerer målgruppen for alle som ønsker innpass i debatten, som etterstreber akademiske titler eller håper å påvirke en dommer eller en jury. ...» (Norris 1994 s 57–58.)

Bortsett fra den utvilsomt elegante brodden må dette utsagnet etter min mening kunne karakteriseres som et klart sjølskudd. På et meta-plan vil nemlig ethvert argument i en pågående vitenskapsteoretisk debatt kunne stemples på denne måten, og på et meta-metaplan ironiseres ytterligere, osv i en uendelig spiralbevegelse *in absurdum*. Min metodologiske vitenskapelighetsnorm undergraves mao ikke av slike synspunkter.

Innvendingen om at min grunnantakelse om den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning ikke tar høyde for eventuelt irrasjonelle trekk ved vitenskapssamfunnene, kan etter dette møtes med det svar at grunnantakelsen ikke bygger på bestemte forutsetninger om hvordan paradigmeskifter skjer, men at grunnantakelsen må fastholdes i det Kuhn betegnet som normalvitenskapsperiodene, mellom paradigmeskifter.

(6) Rettspolitikk som rettsvitenskapelig deldisiplin

(6.1) Oversikt

Mot det standpunktet som jeg hevdet i avsnitt 2.2.2(2) foran, jf kapittel 1 avsnitt 1.3.4, om at rettspolitikk bør godtas som en rettsvitenskapelig deldisiplin, og at dette standpunktet er i samsvar med det vide rettsvitenskapsbegrepet som Fakultetsrådet på Det juridiske fakultet ved Universitet i Oslo i 1995 sluttet seg til, kunne man som en sjette innvending hevde at dette standpunktet er uforenlig med min grunnantakelse om den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning.

Gjennom mesteparten av det 20. århundre har man i samfunns- og humanvitenskapene i vår kulturkrets, under innflytelse særlig av samfunnsvitenerne Max Weber og Robert K. Merton, bestrebet seg på å gjøre vitenskapen «verdifri».⁸⁰ I rettsvitenskapen har man allerede fra den konstruktive skolens glanstid på slutten av 1800-tallet hatt en tilsvarende målsetting om å holde rettsvitenskap og politikk atskilt – riktignok på vidt forskjellig erkjennelsesteoretisk og ontologisk grunnlag og ut fra vekslende politiske ståsteder. Hans Kelsens «Reine Rechtslehre», utviklet i de første tiår av 1900-tallet, er vel det mest ruvende eksemplet i de siste 100 års vestlige rettsvitenskap på en slik grensetrekking mellom rett og politikk (inkludert moral). I de nordiske land var det de skandinaviske rettsrealistene, med utgangspunkt i den moralfilosofiske emotivismen til Axel Hägerström, som

⁸⁰ Verdifrihetsidealet er temaet for drøftelsen i avsnitt 2.3 nedenfor.

mest konsekvent plasserte rettspolitiske spørsmål i *verdienes sfære*, og dermed helt utenfor det vitenskapelige feltet.

Den programmatisk spissformuleringen av et slikt syn kjenner norske rettsvitenskaperne flest gjennom utsagnet i *Ross* 1953 (s 351 flg) om at når noen påberoper seg rettferdighet i begrunnelsen for sitt standpunkt til et rettsspørsmål, har ordbruken ingen deskriptiv mening – påberopelsen «er det samme som at slå i bordet» (s 358 siste avsnitt).

Karl Olivecrona, rettsvitenskaperen som i Sverige trolig var den fremste, og iallfall mest penneførende, eksponenten for den skandinaviske rettsrealismen allerede fra slutten av 1920-tallet, formulerte i 1940 et tredelt program for rettsvitenskapen. Den skulle 1) framstille og systematisere innholdet i de «handlingsmønstre»⁸¹ han mente at lovene og sedvaneretten utmyntet; 2) veilede dommerne i rettslige tvilssituasjoner; og 3) bane vei for lovgivning gjennom å undersøke aktuelle problemer (*Olivecrona* 1940 s 55–56). I sistnevnte funksjon måtte rettsvitenskaperen imidlertid alltid iakttas to krav: *for det første* alltid gjøre det klart om man skildrer en gitt lovs innhold, eller om man på egen hånd oppstiller handlingsmønstre for dommeren: «De egne idéerna böra icke smusslas in i lagen, ty då blir framställningen vilseledande» (s 59 første avsnitt); *for det andre* fordres det at rettsvitenskaperne «öppet anger de värderingar, med vilka man motiverar sina handlingsmönster» (samme sted).

Olivecronas landsmann Knut Rodhe ga omtrent samtidig et noe mindre finslepet uttrykk for hvordan rettsvitenskaperne burde skille mellom vitenskap og verdier i sin forskning:

«Förf. kan icke finna, att en vetenskaplig framställning skulle kunna vinna ett högre vetenskapligt värde genom att uppblandas med icke vetenskapliga omdömen. Läsaren får icke veta mer om verklighetens beskaffenhet om förf., där denna icke låter sig utrönas, talar om hur den bör vara beskaffad, d.v.s. i förevarande sammanhang vilka regler som böra anses gälla. Om det anses önskvärt att den vetenskapliga framställningen kompletteras med förf.s egna värderingar, måste detta alltså motiveras därmed att framställningen bör ha även annat syfte än det rent vetenskapliga.» (*Rodhe* 1944 s 4 fjerde avsnitt.)

Det var åpenbart Olivecronas syn på hvordan rettsvitenskaperne skulle hanskas med den rettspolitiske delen av egen forskning, ikke Rodhes syn, som gjorde størst inntrykk på Ross i «Om ret og retfærdighed» (1953). Mens Olivecrona hadde brukt noen ganske få sider på denne problemstillingen, fylte Ross' drøftelse direkte ca 100 sider.

Før jeg gir et riss av Ross' drøftelse, kan det være vel verdt å starte med Ross' anmeldelse i *T/R* av Per Olof Ekelöfs hefte «Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?» (1951). Grunnpremissen i Ekelöfs arbeid var at en doktrinær (rettsdogma-

⁸¹ Olivecrona nyttet med velberåd hu betegnelsen «handlingsmönster», fordi han, helt i tråd med sitt forbilde Hägerströms syn, var av den oppfatning at «man icke i sträng mening kan tillerkänna någon regel en permanent existens. En regel förefinnes endast som innehåll i intermittent uppdykande föreställningar hos olika individer» (1940 s 48 første avsnitt). Her er det altså en bannerfører for «begrepsstømmerne» som taler.

tisk) framstilling for å være «av rent vitenskaplig karakter» ikke måtte inneholde «vurderinger» (1951 s 6–7). Men – og det var Ekelöfs hovedanliggende – i og med at rettsvitenskapernes hovedoppgave burde være å gjøre rede for eget syn på vanskelige rettsanvendelsesproblemer ved hjelp av formålstolking (Ekelöfs såkalt teleologiske metode), så måtte den juridiske doktrinen (rettsdogmatikken) regnes som teknikk, ikke som vitenskap (s 41 andre avsnitt). I sin anmeldelse av dette arbeidet hevdet Ross at Ekelöf hadde snublet i utgangspunktet: «tertium datur», hevdet Ross, nemlig, slik Gunnar Myrdal hadde gjort gjeldende i «An American Dilemma» (1944), at «oppgaven må være at de subjektive forudsætninger gøres bevidste og åbent fremdrages som forudsatte, eksplicite hypoteser» (Ross 1952 s 526–27).

Trass i at Ross 1953 understreket at «[i]deen om videnskabens renhed er hjørnesteinen i videnskabsmandens professionelle ethos» (s 431)⁸², ga han en detaljert og pragmatisk redegjørelse for hvordan rettsvitenskapere likevel kunne og burde engasjere seg i rettspolitisk aktivitet (s 417–31). For Ross 1953 var imidlertid rettspolitikk å forstå som «anvendt rettssociologi eller retsteknik» (s 418 siste avsnitt), basert på «kundskab om årsagssammenhængen mellem retlig normering og menneskelig adfærd» (s 422 tredje avsnitt). Og viktigst: de rettspolitiske anbefalingene var etter hans syn «ikke af videnskabelig eller teoretisk karakter, men udtryk for en personlig reaktion av besluttende karakter» (s 429 første avsnitt). Vitenskapens reinhet kunne etter Ross' mening derfor bare opprettholdes, dersom «alle emotionelle attituder ... gøres bevidste og fremdrages som explicite forudsætninger; og ... at de praktiske konklusioner fremstilles i anbefalingens, ikke postulatets modalitet» (s 430 tredje avsnitt).

Den konsekvens som Ross trakk av sin utdefinering av verdispørsmål, herunder rettspolitikken, fra det vitenskapelige feltet – og med det mente han et felt der det erkjennelsesteoretiske målet er sann, begrunnet overbevisning – var at det *overhodet ikke* er mulig å begrunne verdistandpunkter (eller rettspolitiske standpunkter) rasjonelt. Det er et slikt syn som i moral-filosofisk sammenheng vanligvis betegnes som nonkognitivistisk.⁸³

Allerede en nærlesing av Ross 1953 etterlater dagens lesere i tvil om hvor god sammenhengen var mellom Ross' nonkognitivistiske utgangsposisjon og hans oppskrift på akseptabelt rettspolitisk engasjement blant rettsvitenskapere. Et nærliggende spørsmål er om Ross' avslutningsord om at «juristens rolle som retspolitikker ... er at fungere som rationel teknolog»

⁸² Allerede på s 405 siste avsnitt hadde Ross kommet med en av de ytterst få åpne vitenskapsetiske (moralfilosofiske) tilkjenneviselsene i denne boka, nemlig at ideen om vitenskapens objektivitet eller reinhet «også [er] ment som uttrykk for en moralsk indstilling, en professionel et[h]os for videnskabsmænd». Ut fra det Ross 1953 ellers hevdet om moralske utsagns emotive meningsinnhold, kunne man vel ventet at han hadde rensket ut denne tilkjenneviselsen som en kognitivt meningsløs ytring.

⁸³ Mest eksplisitt kommer nonkognitivismen i Ross 1953 fram på s 412 siste avsnitt f.lg, hvor han formulerte det grunnsyn at all rettsanvendelse innebærer et element av «beslutning, altså en irrasjonel akt» (s 413 første avsnitt). Ross' syn var mao at verken rettspolitiske standpunkter eller standpunkter til rettsproblemer kunne begrunnes fullt ut rasjonelt. Jeg er uenig i dette synet, og kommer tilbake til dette spørsmålet i behandlingen av min andre vitenskapsteoretiske grunnantakelse i avsnitt 2.3.1(2) nedenfor. Se ellers drøftelsene av Ross' nonkognitivism hos Blandhol 1999 (s 75–90) og Stubberud 2004.

(s 472 siste avsnitt) i praksis åpnet opp for nettopp en slik rolleblanding mellom vitenskap og politikk som han på de foregående sider forsøkte å formulere en oppskrift på å unngå. Blandhol 1999 (s 89–90) har framhevet at Ross' syn på rettsvitenskapenes uttalelser om verdispørsmål må forstås på bakgrunn av hans demokratiteori, dvs hans sterke betoning av at rettsvitenskapene ikke skulle «stikke kjepper i hjulene for politiske avgjørelser fattet i demokratiske fora». Og Søbirk Petersen 2006 (s 176 tredje avsnitt) har på tilsvarende måte framhevet at Ross gjennom flere tiår var et levende eksempel på moralsk engasjement, f.eks. i forhold til demokrati, ytringsfrihet og straff.

Jeg følger opp den ontologiske og moralfilosofiske siden ved Ross' syn på forholdet mellom rettsvitenskap og rettspolitikk (dvs verdier, slik Ross sjøl så på det), i avsnitt 2.3.3(1.2) nedenfor, i forbindelse med drøftelsen av innvendinger mot min vitenskapsteoretiske grunnantakelse om det overordnede forskningsidealet for rettsvitenskapene. Se særlig pkt (iii) i det nevnte avsnittet, hvor Ross' paradoksale syn om at rettsvitenskapenes ytringer om gjeldende rett og om rettspolitikk erkjennelsesteoretisk ikke kan atskilles.

Den mest inngående behandling av Ross' syn på forholdet mellom rettsvitenskap og rettspolitikk har vel Preben Stuer Lauridsen stått for med avhandlingen «Studier i Retspolitisk Argumentation» (1974). Avhandlingens siktemål (s 1–6) var å gjøre rettspolitikken stuerein som en vitenskapelig deldisiplin for rettsvitenskapene, gjennom å tydeliggjøre at de samme vitenskapsteoretiske og -etiske krav måtte oppfylles i rettspolitikken som i rettsdogmatikken. Stuer Lauridsens todelte teoretiske grep for å få til dette var (i) å imøtegå Ross' nonkognitivistisk forankrete benektelse av muligheten for rasjonell argumentasjon om rettspolitiske anbefalinger, og (ii) å avvise Ross' og andres forsøk på å rubrisere rettspolitikken som anvendt retts sosiologi. Det ville etter Stuer Lauridsens syn være «uantageligt», dersom man ikke stilte samme vitenskapsetiske krav til rettsvitenskapernes rettspolitiske engasjement som til deres rettsdogmatiske forskningsaktivitet (s 79 første avsnitt). Stuer Lauridsen understreket at hans syn på rettspolitikken som del av rettsvitenskapen ikke kunne «bevises at være riktig» (s 80). En bærebjelke i Stuer Lauridsens argumentasjon var at all rettspolitisk argumentasjon for å være rettspolitisk (vitenskapelig), og ikke bare generelt politisk, måtte ta utgangspunkt i en adekvat forståelse av gjeldende rett (s 367 flg). Og aller viktigst – rettspolitikkenes legitime spillerom formulerte Stuer Lauridsen som et *analogiproblem* (s 385 flg):

«... den retspolitiske opgave [må altid] gå ud på at overveje, hvorvidt den *gældende* regulering af det pågældende emne kan betegnes som rimelig bedømt ud fra bestemte hensyn og principper. Andre muligheder er der simpelthen ikke.» (Stuer Lauridsen 1974 s 386 første avsnitt.)

Helge J. Thue (1978 s 470 første avsnitt flg) har etter min mening med rette kritisert Stuer Lauridsen for å påtvinge rettspolitikken en tvangstrøye gjennom en slik begrepsmessig forankring av den i gjeldende rett, bl.a. fordi

man som rettspolitiker ikke har grunnlag for å hevde at en adekvat forståelse av aktuelle problemer kan garanteres gjennom etablerte juridiske problemstillinger. Jeg har ikke funnet noe eksempel i norsk rettsvitenskap på tilslutning til en slik snever forankring av legitim rettspolitikk som Stuer Lauridsen tok til orde for. Når det ellers gjelder Stuer Lauridsens vitenskapsteoretiske og -etiske krav til en legitim rettspolitikk (s 77 flg), kan hans syn sammenfattes slik at de samme krav måtte legges til grunn som i rettsdogmatikken. Jeg kommer tilbake til dette spørsmålet i avsnitt (2) nedenfor.

I norsk rettsvitenskap er det vanskelig å finne eksempler på en slik non-kognitivistisk forankret skillelinje mellom vitenskap og rettspolitikk som Ross 1953 formulerte. Tvert imot sto nok den oppfatningen nokså sterkt i rettsvitenskapen midt på 1900-tallet at rettsvitenskapen «ikke bare [skulle] varsle vær, han skulle også lage vær», slik Carl Jacob Arnholm hadde uttrykt seg i en samtale i 1943 med den daværende jusstudenten Vilhelm Aubert (*F. W. Thue* 1997 s 95 første avsnitt). Jeg framhever også at Kristen Andersen i et foredrag i 1943, altså samme år som Aubert hadde sin samtale med Arnholm, tok til orde for det han – inspirert av Max Weber og Gunnar Myrdal – betegnet som relativ objektivitet som metodisk redskap for rettsvitenskapen. Da var det et grunnvilkår at rettsvitenskapen «årvåkent og samvittighetsfullt markerer grensen mellom erkjennelse og vurdering» (*Andersen* 1972 s 447 nest siste avsnitt). Denne pendlingen mellom på den ene siden angivelsen av rettsvitenskaperens doble oppgave (Arnholm), og på den andre siden viktigheten av å tydeliggjøre hvilken kappe man hadde på (*Andersen*) ble plukket opp av den tidlige Magnus Aarbakke, som i 1965 formulerte en programerklæring om at det måtte være en sentral oppgave for rettsvitenskapen å synliggjøre verdipremissene bak kontroversielle rettsavgjørelser:

«Det er fra flere synsvinkler – ikke minst fra rettsvitenskapens – lite tilfredsstillende at verdipremissene i så liten grad som faktisk er tilfelle, blir trukket fram i lyset og formulert. Så lenge man befinner seg på rettsområder der de verdiforestillinger som faktisk forekommer er enhetlige eller iallfall ikke kontroversielle, har det kanskje lite å si. På områder der verdiforestillingene er kontroversielle, ville det ha stor betydning å skaffe klarhet over om den ene eller den andre har forankring i gjeldende rettskildelideologi. ...» (*Aarbakke* 1965 s 515 andre avsnitt.)

Aarbakkens fokusering på verdispørsmålenes sentrale betydning har vel gått i glemmeboka for de fleste rettsvitenskaper i vår tid, fordi Eckhoffs fokusering på de samme spørsmålene har overskygget hans innsats. På samme måte som Eckhoff sto Aarbakke her i gjeld til Ross, og i likhet med Ross var det Aarbakkens syn at verdipremissene ikke kunne begrunnes argumentativt på en holdbar måte.⁸⁴

⁸⁴ Hos Eckhoff har jeg imidlertid ikke klart å finne noe i nærheten av en tilslutning til Ross' syn på rettsavgjørelsen som en «beslutning, altså en irrasjonel akt», slik det heter i *Ross* 1953 (s 413 første avsnitt).

Hos Eckhoff, som i kjølvannet av den «nynormativistiske bølgen» fra tidlig på 1990-tallet⁸⁵ (post mortem) har mottatt en god del «pepper» for det domstolspraksisbeskrivende idealet han formulerte i «Rettskildelære»⁸⁶, kan man ikke finne tilsvarende formuleringer om at rettsanvenderes verdivurderinger ikke kan diskuteres rasjonelt. Det var et hovedanliggende for ham i denne boka å understreke verdivurderingenes betydning i alle faser av praktisk rettsanvendelse (Eckhoff 1971b s 308–32⁸⁷). Det er plausibelt å forstå Eckhoff slik at han ut fra dette grunnsynet også mente at rettsanvenderenes vurderingspregete overveielser om hvordan rettsreglene burde være, faktisk influerte på deres rettsanvendelse. I kontrast til Ross poengterte Eckhoff at når vurderingene faktisk spiller en så stor rolle for rettsanvendelsen, måtte det være en sentral oppgave for rettsvitenskapene å tydeliggjøre sontringen mellom kunnskapsspørsmål og vurderingssspørsmål under rettsanvendelsen. Man kan kanskje hevde at Eckhoff etterlot sine lesere i unødig tvil om sitt eget syn på disse vurderingenes *legitimitet* som argumenttype under rettsanvendelsen. Mitt syn er imidlertid at Eckhoff gjennom sin understreking av de reelle hensyns breie plass som argumenttype, tydeliggjorde vurderingenes legitimitet på en måte som ikke kan misforstås.⁸⁸

Når det ellers gjelder Eckhoffs syn på rettsvitenskapernes vitenskapelig begrunnelse⁸⁹ rettspolitiske engasjement, lar det seg vanskelig hevde noe annet enn at han sto for et mindre restriktivt syn enn forbildet Ross, ikke minst fordi han ryddet plass for vurderingene blant de reelle hensyn, istedenfor å følge opp Ross' ekstreme nonkognitivistiske syn på all verdiargumentasjon.

Johs. Andenæs ga både i andreutgaven av «Alminnelig strafferett» (1974) og i førsteutgaven av «Innføring i rettsstudiet» (1979) uttrykk for synspunkter som ligger nær opp til Ross' syn på rettspolitikkenes ikke-vitenskapelige status, slik dette synet er gjengitt foran. I førstnevnte bok hevdet Andenæs at den kriminologiske forskningen «kan gi det faktiske grunnlaget for de kriminalpolitiske vurderinger, men å foreta selve vurderingene er ikke en vitenskapelig oppgave» (s 19 nestsiste avsnitt⁹⁰). Og i sistnevnte bok, under avsnittsoverskriften «Jusen som vitenskap», hevdet Andenæs at ved avgjørelsen av standpunktet til et tvilsomt rettsspørsmål «kommer det inn personlige holdninger og vurderinger som ligger utenfor vitenskapens område» (s 121 siste avsnitt⁹¹). Andenæs' framstilling bærer mer preg av å være kortfattede meningstilkjennegivelser enn argumentative bidrag til en løpende vitenskapsteoretisk diskusjon, og er derfor mest interessante som vitnesbyrd om hva denne ruvende skikkelse i norsk rettsvitenskap den gang mente.

⁸⁵ Se kapittel 1 avsnitt 1.1.1 og 1.1.2(2.1) foran.

⁸⁶ Se Eckhoff 1971b (s 18 nestsiste avsnitt), som jeg siterer i avsnitt 2.3.3(1.3) nedenfor.

⁸⁷ Overveiende sammenfallende i Eckhoff 1987a (s 302–32); og Eckhoff 1993 (s 298–328); uendret i Eckhoff og Helgesen 2001 (s 366–99).

⁸⁸ Jeg forfølger dette spørsmålet i avsnitt 2.3.3(1.3) nedenfor.

⁸⁹ På samme måte som Ross var Eckhoff sterkt engasjert i alminnelig politikk – på en mer radikal sosialdemokratisk plattform enn førstnevnte.

⁹⁰ Uendret i 4. utg, 1997 (s 20 første avsnitt).

⁹¹ Uendret i 3. utg, 1990 (s 123 første avsnitt) og i 6. utg, 2002 (s 123 første avsnitt).

Jeg er enig i Ross' *konklusjon* (og Andenæs' i petitavsnittet rett foran) om at rettsvitenskapenes rettspolitiske ytringer, både ytringer de sententia ferenda og ytringer de lege ferenda, ikke kan være vitenskapelige, i betydningen «ontologisk objektive» (sanne), jf min argumentasjon i avsnitt 2.2.1(1) og 2.2.1(2) foran. Derimot er jeg helt uenig i Ross' ontologiske og moralfilosofiske *premisser* for denne konklusjonen, noe jeg begrunner i avsnitt 2.3.3(1.2) nedenfor. Og i motsetning til Ross er jeg av den oppfatning at heller ikke rettsvitenskapenes ytringer om gjeldende rett, i den grad ytringene inneholder argumentasjon for det standpunkt som inntas, kan være «vitenskapelige», i betydningen ontologisk objektive (sanne). All rettslig argumentasjon er nemlig etter mitt syn verdiforankret, noe jeg kommer tilbake til i tilknytning til begrunnelsen for min andre vitenskapsteoretiske grunnantakelse i avsnitt 2.3.1 nedenfor. Både rettspolitiske ytringer og ytringer om gjeldende rett har derfor samme erkjennelsesteoretiske status – etter mitt svakt erkjennelsesteoretiske grunnsyn må deres holdbarhet kunne begrunnes argumentativt på en innholdsmessig koherent måte.

Rettspolitiske ytringer både kan og bør etter min mening inngå som element i rettsvitenskapenes forskningsaktivitet – de er den næring som trengs for å unngå at rettsdogmatikken degenererer til en tilbakeskuende arkivtjeneste for det praktiserende rettsliv. Men det må stilles de samme vitenskapelighetskrav til rettsvitenskapenes rettspolitiske ytringer som til deres rettsdogmatiske ytringer. Hva dette betyr er temaet for neste avsnitt.

(6.2) *Rettspolitikk som rettsvitenskapelig deldisiplin – et spørsmål om metodologi?*

På bakgrunn av den framstillingen jeg ga i foregående avsnitt vil det kanskje framstå som overraskende at Jon T. Johnsen i 1986⁹² og Trine-Lise Wilhelmsen i 1989⁹³ ble tildelt dr juris-graden på Det juridiske fakultet ved Universitet i Oslo, i og med at Johnsens avhandling etter sin undertittel var en rettspolitisk studie, og Wilhelmsens avhandling dels hadde en rettspolitisk, dels en rettsøkonomisk problemstilling.

Siden bedømmelseskomiteenes innstillinger ikke er allment tilgjengelige⁹⁴, må jeg i denne omgang nøye meg med noen foreløpige betraktninger om de vitenskapsteoretiske premissene for de foretatte bedømmelsene. Jeg vil da trekke linjer til framstillingen i avsnitt 2.2.2(2) foran, hvor jeg presenterte synet til *Graver* 1994, som skreiv om hva rettsvitenskap er ut fra det siktemål å vurdere holdbarheten av å nekte Kristian Andenæs å forsvare sin doktoravhandling «Sosialomsorg i gode og onde dager» (1992) for dr

⁹² «Retten til juridisk bistand : En rettspolitisk studie» (1987).

⁹³ «Egenrisiko i skadeforsikring : En rettslig og økonomisk studie av bruk av egenrisiko i skadeforsikring for næringslivet» (1989).

⁹⁴ Om min kritikk av denne tingenes orden, se avsnitt 2.2.3(1) foran.

juris-graden. Graver tok også for seg bedømmelsen av Johnsens og Wilhelmsens avhandlinger, uten å opplyse noe om han hadde hatt tilgang til bedømmelseskomiteenes innstillinger. Graver hevdet at begge disse avhandlingene hadde «store innslag av rettsvitenskap i snevrere forstand» (s 572 andre avsnitt), noe som ut fra sammenhengen altså betyr rettsdogmatikk. Jeg er enig i Gravers vurdering, og ut fra dette vil jeg hevde at det framstår som plausibelt at spørsmålet om disse avhandlingene holdt tilstrekkelig kvalitet ble avgjort hovedsakelig etter bedømmelse av de rettsdogmatiske delene.⁹⁵ Dermed er det lite trolig at spørsmålet om rettspolitikk kunne godtas som en rettsvitenskapelig deldisiplin ble berørt i komiteinnstillingene.

Etter mitt syn må rettsvitenskapere, når de adresserer rettspolitiske problemstillinger, oppfylle de samme metodologiske krav som ved behandlingen av rettsdogmatiske problemstillinger, for å oppfylle kvalitetskravene etter gjeldende regler for doktorgradsbedømmelser. Det er ikke de rettspolitiske ytringenes innhold (substans) eller konklusjon, men derimot deres fundament og begrunnelse, som skiller vitenskapelige ytringer om rettspolitiske spørsmål fra alminnelige meningsytringer om de samme spørsmål, se tilsvarende *Mikkola* 1981 (s 282 tredjesiste avsnitt). Min grunnantakelse om den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning innebærer ingen annen løsning. Å sonde mellom rettspolitiske og allmennpolitiske ytringer i en rettsvitenskapers arbeid er da uinteressant – det som teller er om de metodologiske kravene er oppfylt.⁹⁶

I avhandlinger med rettspolitiske innslag vil kanskje den metodologiske fordringen om «argumentativt etterprøvbart holdbarhet» oftere komme på spissen enn i avhandlinger som utelukkende inneholder rettsdogmatiske drøftelser – men i praksis vil vel argumentasjonens dristighet vekke større interesse hos en bedømmelseskomité enn dens henføring henholdsvis til rettsdogmatikk eller rettspolitikk.

Dersom en rettsvitenskaper deltar i alminnelig samfunnsdebatt, må hun naturligvis kunne ytre seg som alminnelig samfunnsborger om rettspolitiske spørsmål, f.eks. for eller mot en kjønnsnøytral ekteskapslov, uten pretensjon om at ytringen har vitenskapelig forankring. Vitenskapeligheten går altså kun på det metodologiske – en rettspolitisk anbefaling blir mao ikke «sann» eller «riktig», ved at den holder vitenskapelige mål.

Innvendingen om at det er uforenlig med min grunnantakelse om den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning å anerkjenne rettspolitikk som en rettsvitenskapelig deldisiplin, kan etter dette oppsummeres å være uholdbar. Rettspolitikken er imidlertid underlagt de samme metodologiske normer som andre rettsvitenskapelige deldisipliner.

⁹⁵ Som det framgår av *Wilhelmsen* 1989 (s 14 siste avsnitt m/note 9) hadde forfatteren med sikte på den eventualitet at bedømmelseskomiteen ville stille spørsmålstegn ved om rettspolitikk kunne godtas som rettsvitenskap, markert sitt pro-standpunkt i så måte. *Johnsen* 1987 (s 37 nest siste avsnitt flg) synes derimot å ha tatt svaret på denne avgrensingsproblematikken for gitt.

⁹⁶ Lest med velvilje uttalte *Bernt og Doublet* 1998 (s 232–33) seg i samme retning.

(7) *Verdinøytralitetsfordringen*

En sjuende innvending mot min grunnantakelse om den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning kunne være at den også må inneholde krav, direkte eller forutsetningsvis, om verdinøytralitet eller verdifrihet, slik at vitenskap og politikk kan holdes fra hverandre. Dette spørsmålet kommer jeg tilbake til i tilknytning til drøftelsen av min andre vitenskapsteoretiske grunnantakelse om det overordnede forskningsidealet for rettsvitenskapere i avsnitt 2.3 nedenfor.

(8) *Fullstendighetsfordringen*

En åttende innvending mot min grunnantakelse om den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning kunne være at den også må inneholde et krav om fullstendighet i saksframstillingen på det emneområdet som behandles. *Føllesdal og Walløe* 2000 (s 277 flg) har argumentert for det syn at det alminnelige vitenskapelighetskravet skal formuleres som et krav om «fullstendig kjennskap til saken». Føllesdal og Walløes normforeskrivende definisjon av vitenskapelighet (forfatterne brukte her betegnelsen «objektivitet») lyder slik:

«En framstilling ... er objektiv hvis og bare hvis de oppfatninger og holdninger den skaper hos mottageren ikke ville forandres dersom man hadde hatt fullstendig kjennskap til saken, med alle opplysninger og alle alternative hypoteser.» (*Føllesdal og Walløe* 2000 s 279 tredje avsnitt.)

Forfatterne presiserte (s 279 fjerde avsnitt) at fullstendighetskriteriet må relateres til et «visst tidspunkt», og med dette mente de formodentlig framleggingstidspunktet for det aktuelle vitenskapelige arbeidet. De presiserte videre (s 280 andre avsnitt) at en framstilling ikke trenger å være «fullstendig» for å være objektiv. Det avgjørende er isteden om utvalget man foretar er «dekkende», slik at ikke opplysninger utelates «som det er grunn til å tro at vil forandre mottagerens oppfatninger eller holdninger».

Det er vanskelig å forstå dette utsagnet annerledes enn at Føllesdal og Walløe i realiteten oppstilte intersubjektiv enighet som kriterium for vitenskapelighet. Det er etter min mening å feilplassere terskelen mot ikkevitenskap, dels fordi intersubjektivitet enighet ikke er tilstrekkelig, dersom forskningsresultatet er av triviell karakter, dels fordi de store vitenskapelige framskrittene ofte skjer i skarp konfrontasjon med rådende oppfatninger hos forskerfeller.

Hvis forskningsaktivitet med vitenskapelige pretensjoner bare skulle anses for å oppfylle vitenskapelighetskriteriet dersom det er intersubjektiv enighet om konklusjonene i ethvert påberopt enkelttilfelle, ville man legge kjelker i veien for slik kritisk nytenkning som er sjølv livsnerven i ethvert forskerfellesskap. En innvending mot min grunnantakelse, basert på Følles-

dal og Walløes definisjon av en fullstendig framstilling, presisert som foran, må mao forkastes som uholdbar.

(9) *Det domstolspraksisbeskrivende vitenskapsidealets forenlighet med min grunnantakelse*

En niende og siste innvending mot min grunnantakelse om den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning kunne være å hevde at den skandinaviske rettsrealismens domstolspraksisbeskrivende vitenskapsideal er forenlig med min grunnantakelse. En slik innvending vil jeg tilbakevise under henvisning til min argumentasjon i avsnitt 2.2.1(1) og 2.2.1(2) foran, hvor jeg omtalte Ross' prognoseteori som det siste, kjente eksemplet i skandinavisk rettsteori på formulering av en ontologisk sannhetsteori. Det er nettopp denne ontologiske begrunnelsen for det domstolspraksisbeskrivende vitenskapsidealet som etter Ross' tankegang gjorde teorien vitenskapelig. En slik ontologi er ikke bare i motstrid med premissene for min grunnantakelse. Som framstillingen i avsnitt 2.2.3(1) viste, er den også i strid med gjeldende regler for doktorgradsbedømmelser ved de juridiske fakultetene i Norge.

2.2.4 Samlende synspunkter

Jeg har formulert, begrunnet og forsvart den vitenskapsteoretiske grunnantakelsen at den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning må formuleres som et krav om (i) analytisk sjølstendighet og argumentativt etterprøvbare holdbarhet i forhold til oppnådde resultater, og (ii) tilstrekkelig beherskelse av forskningsmetode og forskningsteori. Med dette har jeg besvart min første vitenskapsteoretiske problemstilling om hva som bør være vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning i Norge, altså om rettsvitenskapen, bortsett fra å forholde seg til gjeldende forskrifter for doktorgradsbedømmelser, har en tilstrekkelig avklart – og utad kommunisert – forståelse av vitenskapelighetskravet, metodologisk og substansielt.

Grunnantakelsen bygger på den premiss at bestemte forutsetninger om forskningens substans eller forskningsresultaters sannhet (ontologisk objektivitet) ikke lar seg begrunne vitenskapelig. Grunnantakelsens krav om analytisk sjølstendighet og argumentativt etterprøvbare holdbarhet i forhold til oppnådde resultater, samt tilstrekkelig beherskelse av forskningsmetode og forskningsteori, samsvarer i utgangspunktet med gjeldende regler for doktorgradsbedømmelser ved de juridiske fakultetene og for bedømmelse av søkere til vitenskapelige stillinger. Jeg har karakterisert disse reglene som en institusjonalisert sjøldømmeordning, og hevdet at min grunnantakelse trolig ikke oppstiller strengere kvalitetskrav enn denne ordningen, men at

empiriske undersøkelser av bedømmelsespraksis trengs før man kan ta en delig stilling til dette spørsmålet. Videre har jeg påpekt behov for en viss opprydding på Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo både når det gjelder tilgjengeliggjøring av innstillinger fra sakkyndige komiteer, særlig i saker om ansettelse i vitenskapelige stillinger, og når det gjelder vurderingen av de vitenskapelige kvalifikasjonene til høyesterettsdommere og andre som uten doktorgradskompetanse utpekes til å være med i slike komiteer.

Forskning som oppfyller den metodologiske vitenskapelighetsnormens kriterier, slik disse er formulert i min grunnantakelse, er ikke nødvendigvis god forskning, i betydningen fruktbar forskning. Men dersom kriteriene ikke oppfylles, er det mitt syn at aktivitetene som utøves ikke fortjener å klassifiseres som vitenskap i det hele tatt.

2.3 Grunnantakelse om det overordnede forskningsidealet for rettsvitenskapere

2.3.1 Formulering og begrunnelse

Min andre vitenskapsteoretiske grunnantakelse vil jeg formulere slik:

- Det overordnede forskningsidealet for rettsvitenskapere må være å utøve verdi- og argumenttransparent forskningsaktivitet, det vil si å tydeliggjøre (i) verdimessige forutsetninger, verdivalg og verdievaluerende synspunkter, og (ii) normforeskrivende elementer, i alle ytringer om gjeldende rett og den juridiske argumentasjonsteorien.

Min begrunnelse av denne grunnantakelsen har følgende disposisjon: i avsnitt (1) nedenfor begrunner jeg betegnelsen som utgjør grunnantakelsens definiendum: «det overordnede forskningsidealet for rettsvitenskapere». I de følgende avsnitt (2)–(6) begrunner jeg betegnelsene som utgjør grunnantakelsens definiens: (2) «utøve verdi- og argumenttransparent forskningsaktivitet»; (3) «tydeliggjøre»; (4) «verdimessige forutsetninger, verdivalg og verdievaluerende synspunkter»; (5) «normforeskrivende elementer» og (6) «i alle ytringer om gjeldende rett og den juridiske argumentasjonsteorien». Og i avsnitt (7) begrunner jeg grunnantakelsens midtdel, «må være».⁹⁷

⁹⁷ Om betegnelsene «definiendum», «definiens» og «midtdel», se Baune 1993 (s 116–17).

(1) *Begrunnelse av betegnelsen «det overordnede forsknings-
idealet for rettsvitenskapere»*

Drøftelsen er i fortsettelsen inndelt i følgende underavsnitt: (1.1) Innledning; (1.2) Forskningsetisk begrunnelse; (1.3) Vitenskapsteoretisk begrunnelse – generelt; (1.4) Vitenskapsteoretisk begrunnelse – særskilt om aksjonsforskning; og (1.5) Rettsteoretisk begrunnelse.

(1.1) *Innledning*

Å formulere et overordnet forskningsideal for rettsvitenskapere, ofte omtalt som et «ethos» for vitenskapelig forskning, betrakter jeg som et initiativ i forlengelsen av kjente vitenskapsetiske programmer i det 20. århundre. På den ene siden har vi tre sentrale samfunnsvitere, Max Weber, Gunnar Myrdal og Robert K. Merton, på den andre siden har vi to sentrale rettsvitenskapere, Hans Kelsen og hans elev Alf Ross. Disse vitenskapernes felles siktemål kan vel hevdes å ha vært å fremme henholdsvis samfunnsvitenskapenes og rettsvitenskapens integritet i en periode preget av uforsonlig politisk strid mellom sosialistiske og borgerlige partier.

I fortsettelsen vil jeg hovedsakelig kun dra veksler på arbeidene til Weber, Merton og Ross. Myrdal streifes i forbindelse med behandlingen av Ross, mens Kelsens arbeider, som er lite kjent i norsk rettsvitenskap, får passere ukommentert. Kelsens «Reine Rechtslehre» (1960) gir en god inngang til hans syn på en rettsordning renset for verdier, og jeg skal derfor likevel ta med følgende riss herfra: Kelsen mente at det fra en vitenskapelig erkjennelsessynsvinkel var irrelevant å oppstille som forskningsideal for rettsvitenskapen å vurdere rettsordningens legitimitet ut fra en ekstern moralfilosofisk synsvinkel, «da Rechtswissenschaft ihren Gegenstand weder zu billigen noch zu mißbilligen, sondern nur zu erkennen und zu beschreiben hat»⁹⁸ (Kelsen 1960 s 70 første avsnitt). Og sjøl om rettsvitenskapen har rettsnormer, og dermed de rettsverdiene som disse konstituerer som gjenstand, «sind doch ihre Rechtssätze ... eine wertfreie Beschreibung ihres Gegenstandes»⁹⁹ (s 84 andre avsnitt).

Weber og Merton var opptatt av å synliggjøre skillet mellom vitenskapelige og politiske sider ved forskning, ikke for å gjøre vitenskapen irrelevant for praktisk politikk, men tvert imot for å heve dens anseelse, ikke bare blant folk flest, men også hos politikerne. Ross' utgangspunkt var riktignok et nokså snevert rettsontologisk grunnsyn, at retten er lik den domstolspraktiserte retten, og et enda snevrere moralfilosofisk grunnsyn, at verken rettsbegreper eller verdistandpunkter kan begrunnes rasjonelt. Med disse utgangspunktene ønsket han imidlertid å åpne en legitim arena for anvendt rettsvitenskap i samfunnsbyggingens tjeneste, trass i at denne aktiviteten ikke kunne defineres som vitenskapelig. Ross ønsket også å befri rettsviten-

⁹⁸ På norsk, i min oversettelse: «da rettsvitenskapen verken må billige eller misbillige retten, men bare erkjenne og beskrive den».

⁹⁹ På norsk, i min oversettelse: «er likevel dens [rettsvitenskapens] setninger en verdifri beskrivelse av dens gjenstand».

skapen for dens tydelig konservative, kvasifaglig forankrede verdipremisser, først og fremst representert gjennom rettsteorien og metodesynspunktene til professorkollegaen Frederik Vinding Kruse, noe han tydeliggjorde i «Om ret og retfærdighed» (1953 s 407 siste avsnitt m/note 4).¹⁰⁰

Min intensjon med å formulere en grunnantakelse om et overordnet forskningsideal for rettsvitenskapere er ikke å ta opp konkurransen med de politikerinitierte målstyringsprogrammene for universitets- og høyskolesektoren, men å etablere og holde ved like en diskusjon om en distinkt forskningsidentitet og -integritet under omskiftelige rammebetingelser, budsjettmessig som politisk. Bruken av betegnelsen «forskningsideal» istedenfor «ideal» tydeliggjør at grunnantakelsen er ment som en institusjonell norm. Grunnantakelsen er videre ment som et kollektivt ideal for det rettsvitenskapelige forskerfellesskapet – ikke som en norm som ethvert forskningsarbeid eksplisitt skal evalueres mot. Som det framgår av avsnitt (2), (4) og (5) nedenfor, legger ikke grunnantakelsen føringer for *innholdet* av de verdiaspektene og normforeskrivende elementene som fordres eksplisert. Dette følger logisk av at jeg ikke har noen bærende sannhetsteori for formuleringen av mine grunnantakelser, jf redegjørelsen i avsnitt 2.2.1(1)-(2) foran.

I skandinavisk rettsvitenskap framstår fortsatt Alf Ross' drøftelse av forholdet mellom vitenskap, politikk og rettspolitikk i kapitlene XIV–XVII i «Om ret og retfærdighed» (1953) som en viktig milepæl i vitenskapsteoretisk og -etisk debatt. Pga de høyst diskutabile ontologiske og moralfilosofiske premissene for Ross' drøftelse gir hans synspunkter likevel mindre god veiledning for dagens rettsvitenskapere, noe jeg kommer tilbake til flere steder i fortsettelsen. Eckhoffs ideal om å synliggjøre skillet mellom erkjennelsesspørsmål og vurderingsspørsmål i alle faser av rettsanvendelsen, som han formulerte i sin «Rettskildelære» (1971b), kan vel fortsatt karakteriseres som en veltilpasset konkretisering av Ross' ideal, men gir heller ikke en klar nok formulering – og iallfall ingen god nok begrunnelse av – det idealet Eckhoff formulerte. Flere enkeltstående debatter om rettsvitenskapens eller rettsanvendelsens karakter har i åras løp vært ført uten tilstrekkelig innreflektering av at den grunnleggende faktum-verdi-dikotomien i rettsanvendelsesprosessen. Det er følgelig mange grunner til å holde debatten om verdispørsmålene i rettsvitenskapelig forskning varm.

¹⁰⁰ Den danske rettsvitenskaperen Frederik Vinding Kruse (1880–1963) var trolig den mest innflytelsesrike, og iallfall mest spissformulerende, representant i mellomkrigstidas skandinaviske rettsvitenskap for en realistisk rettsontologi, i kombinasjon med en sterkt konservativ, nærmest sosialdarwinistisk, politisk grunnholdning. Dermed er det ikke overraskende at han og Alf Ross ble bitre motstandere på den rettsteoretiske arena. Se nærmere herom hos *Blandhol* 1999 (s 109–23), *Evald* 2005 (s 184–94, s 304–7, s 351–365, s 399–401 og s 411–20) og *Dalberg-Larsen* 2006 (s 42–67).

(1.2) *Forskningsetisk begrunnelse*

Grunnantakelsen hevdes å være argumentativt begrunnbar, ikke sann, se definisjonen av og redegjørelsen for grunnantakelsesbegrepet i kapittel 1 avsnitt 1.3.1–3 foran, og ellers redegjørelsen for min svakt kognitivistiske moralfilosofiske posisjon i kapittel 3 avsnitt 3.1.2(2) nedenfor. Min forskningsetiske begrunnelse av grunnantakelsen er *primært* rasjonelt forankret i det erkjennelsesteoretiske grunnsyn at vi som tenkende og handlende mennesker er grunnleggende avhengig av våre erfaringer, men at disse erfaringene bare kan gjøres gjennom en erkjennelsesprosess preget av det erkjennende subjekts egne verdimeslige forutsetninger og verdivalg, forankret i en teoristruktur. Popper 1979 (s 71–72) spissformulerte et slikt grunnsyn gjennom sin berømte tese om at «All Knowledge is Theory-Impregnated». Allerede Max Weber ga i en av sine tidlige vitenskapsteoretiske arbeider klart til kjenne det syn at ingen erkjennelse er forutsetningsløs, og at menneskene er kulturmennesker, som særpreges ved evne og vilje til å ta bevisst stilling til verden og tilskrive den mening:

«Was sich nun als Resultat des bisher Gesagten ergibt, ist, dass eine “objektive” Behandlung der Kulturvorgänge in dem Sinne, dass als idealer Zweck der wissenschaftlichen Arbeit die Reduktion des Empirischen auf “Gesetze” zu gelten hätte, sinnlos ist. Sie ist dies ... weil ... keine Erkenntnis von Kulturvorgängen anders denkbar ist, als auf der Grundlage der Bedeutung, welche die stets individuell geartete Wirklichkeit des Lebens in bestimmten einzelnen Beziehungen für uns hat. In welchem Sinn und in welchen Beziehungen dies der Fall ist, enthüllt uns aber kein Gesetz, denn das entscheidet sich nach der Wertideen, unter denen wir die “Kultur” jeweils im einzelnen Falle betrachtet. ... Transzendente Voraussetzung jeder Kulturwissenschaft ist nicht etwa, dass wir eine bestimmte oder überhaupt irgend eine “Kultur” wertvoll finden, sondern dass wir Kulturmenschen sind, begabt mit der Fähigkeit und dem Willen, bewusst zur Welt Stellung zu nehmen und ihr Sinn zu verleihen. ...» (Weber 1904 s 180 andre avsnitt. Webers sperringer fjernet.)¹⁰¹

Jeg hevder at verdiforutsetningene og verdipreferansene i større eller mindre grad preger alle rettsvitenskaperes forskning – og da må det være en forskningsetisk plikt å *synliggjøre* disse premissene, for slik å gi forskerfellene og omverdenen ellers et klarere grunnlag for å ta sjølstendig stilling til det forskningsresultatet som presenteres, se tilsvarende Zahle 1995 (s 365 første sp nestsiste avsnitt flg).

¹⁰¹ På norsk, i Dag Østerbergs oversettelse: «Resultatet av det som hittil er sagt, er nå at det er meningsløst å ville behandle kulturelle hendelser på en “objektiv” måte i den forstand at forskningens ideelle mål skulle være å redusere det empirisk gitte til “lover”. [Det er meningsløst] ... fordi ... enhver tenkelig kunnskap om kulturelle fenomener må legge til grunn hva livets alltid like mangfoldige virkelighet betyr for oss i bestemte enkelte henseender. I hvilken forstand og i hvilke henseender dette er tilfelle, kan imidlertid ingen “lov” åpenbare for oss, det avgjøres av de verdioppfatninger vi i hvert enkelt tilfelle ser kulturen i lys av. ... det er en transcendental forutsetning at vi er kulturmennesker, utstyrt med evnen og viljen til å ta bevisst stilling til verden og forlene den med en mening. ...» (Weber 1971 s 190 andre avsnitt. Oversetterens kursiveringer fjernet.)

Det er ingen tilfeldighet at jeg *ikke* har villet formulere en grunnantakelse basert på mine egne idealer om at rettsvitenskapene bør forplikte seg på en juss som fremmer de svakstiltes interesser, som er kritisk jussbevegelsens kjerneideal. For jeg forventer ikke at disse personlige verdimeessige og normative preferansene har tilstrekkelig oppslutning blant norske rettsvitenskapere for å kunne bli et samlende forskningsetisk ideal. Riktignok ville det utvilsomt være mulig å supplere grunnantakelsen her med mer substansielle grunnantakelser om forskningsetiske idealer for rettsvitenskapere, som man kunne påregne at iallfall de fleste rettsvitenskapere i Norge ville gi sin tilslutning. En nærliggende gruppe idealer ville være de alminnelige rettsstatlige idealene. Jeg har altså i denne omgang valgt ikke å gå inn på et slikt substansielt grunnantakelsesspor, men viser til min forsiktige posisjonering på substansielt moralfilosofisk grunnlag (at rettsanvendere har en moralfilosofisk forankret plikt til å la menneskerettighetene få fortrinn framfor intern norsk rett) i kapittel 3 avsnitt 3.3 nedenfor.

I norsk vitenskapsteorisammenheng rager *Tranøy* 1986 fortsatt høyt med sin grunnleggende og breie tilnærming til spørsmålet om overordnede vitenskapelige forskningsideal, som han utmyntet i et tankevekkende forsvaret for det syn at vitenskapelig aktivitet er institusjonaliserte og norm-, verdi- og argumentstyrte handlinger underlagt etiske og metodologiske krav. De normative føringene for vitenskapelig aktivitet som gjennom mesteparten av det 20. århundre har holdt liv i parolen om «den sosiale kontrakt» mellom vitenskap og samfunn, ble for øvrig sterkt påpekt i NOU 1991: 24, Organisering for helhet og mangfold i norsk forskning, s 35–36, kapittel 4.2.

Weber var, som jeg nettopp har påpekt, ikke bare opptatt av å bevisstgjøre vitenskapere om sontringen mellom erkjennelsesspørsmål og verdispørsmål. For *Weber* 1919 (1969) var forskning et livskall, en pendling mellom sjølbessinnelse (*Selbstbesinnung*) og erkjennelse av faktiske sammenhenger. På den ene siden hadde Weber et langt mer mangefasettert vitenskapelig forskningsideal enn det som lar seg innplassere i min grunnantakelse. På den andre siden røpet Weber i flere av sine arbeider en overraskende grunn forståelse av sontringen mellom kunnskapsspørsmål og vurderingssspørsmål i praktisk rettsanvendelse – som norske jusstudenter i flere generasjoner er blitt fortrolig med gjennom Eckhoffs «Rettskildelære». I *Weber* 1919 (s 600 første avsnitt; 1999 s 160 første avsnitt) var det f.eks. en slengbemerkning om at rettsvitenskapen verken kunne gi svar på spørsmålet om rettslig regulering av et spørsmål burde skje, eller på spørsmålet om slike rettsreglers innhold. Her kom det indirekte fram at Webers syn var at rettspolitikk ikke hørte med til rettsvitenskapen – noe det foreligger flere liknende ytringer om fra Webers side.

Internasjonalt er det ved siden av Weber den nordamerikanske samfunnsviteren og vitenskapssosiologen Robert K. Merton som har satt tydeligst spor etter seg i det 20. århundres strid om normative føringer for forskersamfunnet. I 1942 formulerte Merton i artikkelen «The Normative

Structure of Science», under overskriften «The Ethos of Science», fire overordnede idealer for all vitenskap: 1) «Universalism», 2) «Communism», 3) «Disinterestedness» og 4) «Organized Skepticism» (Merton 1973a). Mertons idealer ble seinere – i rekkefølgen 2)-1)-3)-4) – viden kjent under akronymet CUDOS-normene. Universalisme-normen går på sannhetspretensjonen: «truth-claims, whatever their sources, are to be subjected to preestablished impersonal criteria» (1973a s 270). Kommunisme-normen har ikke noe med den politiske ideologien å gjøre, men – i tråd med ordets etymologi – fellesskapstankegangen i vitenskapssamfunnet: «The substantive findings of science are a product of social collaboration and are assigned to the community» (1973a s 273).¹⁰² Upartiskhetsnormen ser jeg her ikke noe behov for å forklare. Organisert skeptisisme-normen var for Merton «both a methodological and an institutional mandate» (1973a s 277).

Av Mertons CUDOS-normer er det vel først og fremst universalisme-normen som har direkte berøringsflate mot min grunnantakelse om det overordnede forskningsidealet for rettsvitenskapere. Ved at min grunnantakelse oppstiller en norm om å eksplisere verdiaspekter og normforeskrivende elementer i rettsvitenskaperes ytringer om gjeldende rett mv, tas det etter min mening tilbørlig hensyn til Mertons universalisme-norm, i den forstand at det formuleres en norm om at man ikke skal hevde noe som en universell sannhet som bare er en partikulær sannhet (dvs vedkommende rettsvitenskaperes egen verdipreferanse osv). CUDOS-normene fortjener uansett å løftes fram i norsk rettsvitenskap som et betydelig eksempel på formulering av en mer heldekkende, og generell, pakke av forskningsetiske og metodologiske normer for vitenskapere.

(1.3) Vitenskapsteoretisk begrunnelse – generelt

Jeg vil gi to generelle, vitenskapsteoretiske begrunnelser for min grunnantakelse:

(i) Den første begrunnelsen er basert på mitt syn på verdienes og verdivurderingenes plass i menneskelig erkjennelse. Den enkle varianten, dvs den begrunnelsen som begrenser seg til å si noe om rettsvitenskapens tema, er rett og slett at enhver beskrivelse av «gjeldende rett» på et nærmere angitt rettsområde nødvendigvis må være forankret i verdimessige forutsetninger, verdivalg eller verdievaluerende synspunkter, fordi «gjeldende rett» er noe som ikke kan årsaksforklares (kausalforklares) – iallfall ikke som det kulturfenomen (den samfunnsmessige realitet) det ubestridelig hersker brei

¹⁰² Merton var nok en ikke så liten skøyer, som brukte denne betegnelsen, sjøl om han politisk var ganske radikal. Under den kalde krigen fikk imidlertid denne normen lite drahjelp av sitt navn – derfor finner man også normen omtalt i Merton-litteraturen under andre, mer dekkende betegnelser, som f.eks. «Communalism».

enighet blant rettsvitenskapere om at gjeldende rett er. Rettsavgjørelser, altså et sentralt element i «gjeldende rett», må etter mitt syn språkfilosofisk klassifiseres som talehandlinger, og følgelig i erkjennelsesteoretisk forstand evalueres ut fra deres holdbarhet (godhet), et standpunkt jeg begrunner nærmere i moralfilosofisk sammenheng i kapittel 3 avsnitt 3.1.2 nedenfor. Det standpunkt at rettsvitenskapen må rubriseres blant de forstående (fortolkende) vitenskapene, innebærer at rettsvitenskapernes uttalelser om gjeldende rett er tilkjennegivelser om meningssammenhenger, og slike uttalelser bygger alltid på en teoriforankret førforståelse.¹⁰³

Georg Henrik von Wrights «Explanation and Understanding» (1971) står fortsatt som en milepæl i vitenskapsdisiplinens oppgjør i etterkrigstida med arven fra Wiener-kretsens empiristiske reduksjonisme. Men også i naturvitenskapelig forankret vitenskapsteori skjedde det etter krigen en tilsvarende nyansering i synet på hva som skal regnes som kunnskap. *Kosko* 1993 har hevdet, angivelig ved å parafrasere Werner Heisenbergs «Physics and Philosophy» (1958), at

«[w]hat we observe is not nature itself, but nature exposed to our method of questioning» (*Kosko* 1993 s 267).

Å begrunne grunnantakelsen om det overordnede forskningsidealet for rettsvitenskapere med at gjeldende rett er noe som ikke kan årsaksforklares, innebærer *ikke* å benekte muligheten for å kunne gi 'sanne' beskrivelser av innholdet av rettsregler, rettslige beslutningsprosesser og rettsavgjørelser i et syntaktisk verdinøytralt språk. Slik språkfilosofisk praksis, tungt influert av Carnap og andre logiske empiristers protokollsetningsprosjekt, som i rettsteorien bl.a. inkluderte etableringen av sontringen mellom ekte og uekte rettssetninger, beskjeftiget et ikke ubetydelig antall rettsvitenskapere og filosofer i de midterste tiåra av det 20. århundre.

Det standpunkt at juridiske beskrivelser aldri kan være rensset for verdibaserte forutsetninger eller verdidommer, har befestet seg mot slutten av det 20. århundre, ikke bare som følge av utviklingen i vitenskapsteorien og -sosiologien, men også gjennom den pragmatiske vendingen i språkfilosofien som talehandlingsfilosofene Anscombe, J. L. Austin, og Searle initierte fra slutten av 1950-tallet. Det syn at dagligspråket har en iboende ubestemthet (vagheter) har forsterket denne utviklingen i oppfatningen av forholdet mellom fakta og vurderinger i vitenskapelig argumentasjon.

(ii) Den andre begrunnelsen har i Norge i omlag 50 år jevnlig vært omtalt som «tilskuer og deltaker»-problemstillingen. At den enkelte rettsvitenskapere ikke bare er *tilskuer* til, men også *deltaker* i, rettsordningen, slik forskerfeller ellers innenfor human- og samfunnsvitenskapene også er deltakere i de samfunnsmessige foreteelsene som er deres forskningsobjekt, er et

¹⁰³ At Ross' prognoseteori (1953) var det siste – og bør man tilføye: storslagne – forsøket på å etablere en kausal forklaringsmodell for rettsvitenskapen, har jeg allerede streift i avsnitt 2.2.1(2) foran.

synspunkt som i Norge med størst stringens ble framført av Hans Skjervheim i to arbeider på 1950-tallet, «Deltakar og tilskodar» (1957) og «Objectivity and the Study of man» (1959). Dette synspunktet har den danske antropologen Kirsten Hastrup for noen år siden formulert slik:

«Humanismen hviler på et paradoks af den art, som de klassiske filosoffer kaldte *aporia*, et dilemma der ikke lader sig løse; det lader sig til gengæld udnytte, hvis man tager det på sig og ikke forsøger at benægte det. Paradokset kan anskues og formuleres på mange måder, men det knytter sig til det forhold, at mennesket altid både er i iagttagende subjekt, eller en foretagsom agent, og et iagttaget objekt, eller en passiv genstand, for opmærksomhed – herunder sin egen. ...» (Hastrup 1999 s 103 siste avsnitt.)

Grønmo 2004 (s 8–9) har skissert to metodologiske konsekvenser av dette «tilskuer og deltaker»-perspektivet ved informasjonsinnhenting etter kvantitativ og kvalitativ forskningsmetode: for det første «reaktivitet», dvs at kunnskapen som erverves blir preget av at de menneskene som studeres, reagerer på at de blir studert; og for det andre «refleksivitet», dvs at kunnskapsproduksjonen reflekterer forskerens egen referanseramme og forståelsesform. Allerede presentasjonen av Webers syn i avsnitt (1.2) foran indikerer at vi her står overfor to grunnproblemer i humaniora- og samfunnsfagene. Også Robert K. Merton har bidratt med sentrale synspunkter om dette spørsmålet. I «Social Structure and Social Theory» (1949 s 179–95) advarte Merton i kapitlet «The Self-Fulfilling Prophecy» mot den nevnte reaktivitetseffekten, med utgangspunkt i en bankkonkurs under depresjonen i 1932:

«The self-fulfilling prophecy is, in the beginning, a *false* definition of the situation evoking a new behavior which makes the originally false conception come *true*. The specious validity of the self-fulfilling prophecy perpetuates a reign of error. For the prophet will cite the actual course of events as proof that he was right from the very beginning. ...» (Merton 1949 s 181 nestsiste avsnitt.)

Reaktivitet, som synes å være en typisk utfordring ved informasjonsinnhenting etter kvantitativ og kvalitativ forskningsmetode, synes å være en problemstilling som kan håndteres gjennom skikkelig forskningshåndverk. Mertons utsagn derimot, som ikke var avgrenset til samfunnsviternes forskningsmetode, men var myntet på samfunnsviternes formidling av egne forskningsresultater til offentligheten, har stor overføringsverdi i forhold til rettsvitenskapenes uttalelser om gjeldende rett. Min grunnantakelse er bl.a. basert på slike overveielser som Merton her ga uttrykk for.

Når det gjelder refleksivitetseffekten hevdet Merton i artikkelen «Technical and Moral Dimensions of Policy Research» (1949), under hovedoverskriften «The Framework of Values in Definition of Problems», følgende om tause verdipremisser ved formulering og gjennomføring av opinionsundersøkelser:

«... The investigator may naïvely suppose that he is engaged in value-free activity of research, whereas in fact he may simply have so defined his research problems that the results will be of use to one group in the society, and not to others. His very choice and definition of a problem reflects his tacit values.» (Merton 1973b s 86 andre avsnitt.)

Refleksivitet synes, i motsetning til reaktivitet, å være regnet som en permanent utfordring i humaniora- og samfunnsfagene. Denne effekten gir klar støtte for den grunnantakelsen jeg har formulert.

(1.4) Vitenskapsteoretisk begrunnelse – særskilt om aksjonsforskning

Aksjonsforskningen i anvendt samfunnsforskning er en forskningsmetodologi som kan evalueres i lys av den refleksiviteten som jeg tok opp i avsnitt (1.3) foran. Betegnelsen «aksjonsforskning» kom ifølge Eikeland og Finsrud 1995 (s 2) inn i samfunnsforskningen gjennom amerikaneren Kurt Lewins artikkel «Action Research and Minority Problems» (1946), men Eikeland 2006 har trukket linjer fra vår tids aksjonsforskning tilbake til Aristoteles' begrep om praktisk kunnskap, «fronesis». Ifølge Gustavsen og Sørensen 1995 (s 55) kan aksjonsforskning karakteriseres i all enkelhet gjennom følgende tre kjennetegn: a) forskeren deltar i løsningen av praktiske problemer, b) i samarbeid med andre og c) denne deltakelsen er en læringssituasjon for forskeren. Nettopp denne deltakelsen i løsningen av praktiske problemer, som bl.a. har medført at man i flere land har brukt aksjonsforskning som betegnelse på organisasjonsutviklingsarbeid, har imidlertid bidratt til at det har vært strid om aksjonsforskningens vitenskapelige status, noe Kalleberg 1992 ga et instruktivt innblikk i, bl.a. gjennom et raskt overblikk over de to hovedmiljøene hvor aksjonsforskning hadde vært drevet fram til da, Arbeidsforskningsinstituttet (AFI) og rettssosiologimiljøene i Oslo.

Det som gjør det spesielt interessant å vurdere aksjonsforskningen i en norsk rettsteoretisk sammenheng, er vel først og fremst at aksjonsforskningsinfluerte samfunnsvitere fikk innpass på Institutt for rettssosiologi ved Det juridiske fakultet i Oslo. Thomas Mathiesens «Det uferdige : Bidrag til politisk aksjonsteori» (1971) leverte det metodologiske fundamentet for etableringen dette året av det fortsatt eksisterende rettshjelpsprosjektet «Juss-Buss». De to sentrale aspektene ved aksjonsforskningens metodologi, formulert som løsningen på dilemmaet mellom erkjennelse og handling i forskningsprosessen, var ifølge Mathiesen (i) at realisering av praktiske eller politiske verdier var retningsgivende for forskeren, og (ii) at primærmålet med informasjonsinnhenting ikke var å gi et bidrag til sosiologisk teori, men å nytte den til ny(e) runde(r) forbedret informasjonsinnhenting (1971 s 28–31). Mathiesen sammenfattet sin redegjørelse slik:

«Et praktisk hjelpearbeid der en gruppe gis bedre livsvilkår, og der man samtidig følger forsøket systematisk for i neste runde å forbedre nettopp hjelpearbeidet, kan kalles aksjonsforskning. ...» (Mathiesen 1971 s 30 siste avsnitt.)

Mathiesen understreket at aksjonsforskning etter hans mening ikke løser forskningens forhold til samfunnet. Den er en politisk nøytral metodologi, som ikke overflødiggjør forskerens egne forskningspolitiske valg eller prioriteringer (s 31 første avsnitt flg). Dette poenget ble malende framstilt av Næss m.fl. 1973 (s 150), som under overskriften «Aksjonsforskning» først understreket at aksjonsforskning «forutsetter eksplisering av forskerens egne verdi- og normpremisser», og deretter hevdet at

«... aksjonsforskning allerede støttes i gigantisk utstrekning ... i storindustri, i markedsføring, i diverse offentlige administrasjoner, i militærvesenet. ... Økologisk ansvarlig politikk står i dag i motsetningsforhold til grunnleggende målsettinger for en vesentlig del av norsk aksjonsforskning. ...» (Næss m.fl. 1973 s 150 siste avsnitt.)

Eikeland 1995 (s 227–29) har, i en statusartikkel om aksjonsforskningens framtid, hevdet at forskerens metodologiske sjørefleksjon om hvordan han eller hun påvirker og virker i forskjellige sosiale kontekster er kjernen i all empirisk samfunnsforskning, og at forståelse og mestring av egne grep i tidens løp har blitt aksjonsforskningens mål og gjenstand, ikke forklaring av endring i observerte «ytre» objekter. Dermed gjorde han aksjonsforskning til en metateori om samfunnsforskning i sin alminnelighet.

Redegjørelsen her gir etter mitt syn belegg for å hevde at det er gode grunner til å gripe de metodologiske trådene fra aksjonsforskningen i omlandet rundt retts sosiologimiljøet på Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo, og sette en vitenskapsteoretisk debatt om rettsvitenskapenes rolle som deltakere og tilskuere inn i en fornyet refleksjon om rettsvitenskap som verdiforankret og normforeskrivende aktivitet.

(1.5) Rettsteoretisk begrunnelse

Det hører til en av Eckhoffs klare fortjenester som juridisk metodeutvikler at han løftet fram rettsoppfatninger i juridisk litteratur som relevant argumenttype («rettskildefaktor») under rettsanvendelsen, se Eckhoff 1971b (s 227–34).¹⁰⁴ Høyesterett hadde riktignok i flere rettsavgjørelser i mange år før utgivelsen av denne boka vist til rettsoppfatninger i juridisk litteratur som argumentativ støtte for – eller unntaksvis for å ta avstand fra – et bestemt tolkingsresultat i saken som ble avgjort. Men Eckhoffs systematisering var nyskapende, og bidro utvilsomt til mer åpenhet i Høyesteretts domspremisser om bruken av denne argumenttypen. På denne måten har det praktiske rettsliv institusjonalisert den ordning at rettsvitenskapene

¹⁰⁴ Hovedsakelig sammenfallende i Eckhoff 1987a (s 233–39); og Eckhoff 1993 (s 230–36); uendret i Eckhoff og Helgesen 2001 (s 239–45).

(som de fremste og mest tallrike blant forfattere av juridisk litteratur) gjennom å ytre seg om rettsspørsmål ikke bare er tilskuere, men også deltakere, i dette rettslivet. Jan Fridthjof Bernt har for en del år siden poengtert at rettsvitenskapen i vår tid har *en autoritativ rolle* vis-à-vis domstolene og andre rettsanvendere:

«... Litt – men ikke mye – tilspisset kan vi vel si at det som kjennetegner et fremragende rettsvitenskapelig arbeid nettopp er at det ved sin dokumentasjon, sine analyser og sin argumentasjon *endrer* rettsstilstanden, i alle fall i den forstand at det løser tvilsspørsmål med stor autoritativ kraft, og hyppig også ved at det overbeviser domstoler og den juridiske offentlighet om nødvendigheten av å fravike eller modifisere tidligere standpunkter mht hva som er gjeldende rett.» (Bernt 1984a s 30 første avsnitt.)

Institusjonaliseringen av deltakerrollen gjennom rettsdogmatikeres mer eller mindre autoritative uttalelser om gjeldende rett, som har røtter i romerrettens glanstid¹⁰⁵, er trolig noe som særpreger rettsvitenskapen sammenliknet med andre human- eller samfunnsvitenskapelige disipliner.¹⁰⁶ Riktignok er det et felles kjennetegn i disse disiplinene at man både er deltaker og tilskuer i forskningsprosessen. Rettsvitenskapernes kvalifisering av egne utsagn om gjeldende rett som en relevant argumenttype («rettskildefaktor») ved rettsanvendelsen i og utenfor domstolene framstår likevel som et interessant eksempel på slike «sjøloppfylende profetier» som Robert K. Merton advarte samfunnsviterne mot å begi seg inn på.¹⁰⁷ Etter min mening er denne institusjonaliserte deltakerrollen et sterkt argument til forsvar for min grunnantakelse.¹⁰⁸

Trass i de nevnte romerrettslige røttene for rettsvitenskapernes deltakerrolle i rettsanvendelsen, fins det knapt eksempler på rubrisering av rettsvitenskaperes rettsoppfatninger (eller juridisk litteratur) som egen argumenttype («rettskilde») i norsk rettsvitenskapelig litteratur fra før andre verdenskrig. Det ville imidlertid være helt feil å forstå dette forholdet slik at man i rettsvitenskapen den gang hadde en mer beskjeden oppfatning av egen deltakerrolle enn i våre dager. Sammenhengen er nok mer prinsipiell: Ut fra den rettsontologi og – mer underforstått – erkjennelsesteori om retten – som var ganske utbredt i rettsvitenskapen fra de siste tiåra av 1800-tallet, og som den danske rettsvitenskaperen Frederik Vinding Kruse i mellomkrigstida på 1900-tallet var en ruvende talsperson for (og dermed Alf Ross' prinsipale skyteskive gjennom flere tiår), var oppfatningen at rettsvitenskapelige utsagn om gjeldende rett ga *sanne* svar på alle rettsspørsmål. Rettsvitenskapens uttalelser om gjeldende rett var da ikke én blant flere mulige rettskilder som Høyesterett kunne vurdere vekten av, men det mest autori-

¹⁰⁵ Om juristenes rolle i Romerriket, se *Annens* 1983 (s 75–80, særlig s 78 om *jus respondit*). Se også *Augdahl* 1973 (s 188 siste avsnitt m/henvisninger) om Papinians angivelig utslagsgivende autoritet – over dommerens – som responsumgiver dersom det var stemmelikhet blant responsumgiverne.

¹⁰⁶ Et synlig eksempel på den internasjonalt anerkjente statusen som rettsvitenskapernes skrevne ytringer også i vår tid har som argumenttype framgår av statuttene for the International Court of Justice, art 38(d), som fastsetter at domstolen skal anvende «the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law».

¹⁰⁷ Se nærmere omtale av Merton i avsnitt 2.3.1(1.3) foran.

¹⁰⁸ Se også nærmere om rettsvitenskapens autoritative rolle i avsnitt 2.3.2 nedenfor, og – spørsmålet om en slik rolle er i motstrid med et domstolspraksisbeskrivende vitenskapsideal – i avsnitt 2.3.3(3) nedenfor.

tative svaret på spørsmålet om innholdet av gjeldende rett, tolket ut fra de tradisjonelle argumenttyper lov, sedvane og sakens natur.

Før Vinding Kruses hegemoni ble etablert i dansk rettsteori hadde imidlertid Viggo Bentzon allerede i «Rettskilderne» (1905) tatt til orde for et syn på rettsvitenskapens rolle som leverandør av relevant argumentasjon til det praktiske rettsliv som ikke var ulikt det synet som Ross kjempet gjennom. I et kapittel som hadde den beskjedne overskriften «Analogi og Forholdets Natur», hevdet Bentzon at vi på den ene siden har den «receptive», eller mekanisk anvendende, siden ved rettsvitenskapernes gjøremål, nemlig den i bøker «blot fremstillende Side» av lovgivningens klare regler og de løsninger som etter lov, analogi og sakens natur har vunnet fasthet i praksis (s 148 siste avsnitt flg). På den andre siden har vi den «produktive» siden ved rettsvitenskapernes gjøremål, nemlig fortolkninger av tvilsomme lovbud eller utviklingen av subsidiær retts alltid omtvistelige innhold, hvor man dessuten ofte beveger seg ut på områder hvor praksis er motstridende eller ennå ikke har tatt parti. Om denne tilfellegruppen heter det følgende:

«... Hvad Videnskabsmanden udvikler herom, er da kun hans egen mere eller mindre velbegrundede Mening. Denne er, overalt hvor der kan være Tvivl, ikke en fremstilling af den gældende danske Ret, men et Forslag fra Videnskabsmanden til Retsudøverne om at opfatte og udforme vor Ret paa denne maade. I samme Grad som Fremstillingen bevæger sig bort fra klar Lov og fast Praxis, og navnlig hvor den blot giver Exempler paa det friere konkrete Skøn, maa derfor dens Forslag behandles med Kritik af Dommeren. Denne svigter sit Kald ved uden videre at slaa sig til Ro ved, hvad "Videnskaben" har sagt*. ...» (Bentzon 1905 s 149.)

Det er ikke overraskende at Bentzons argumentasjon ble brukt av Ross i striden med Vinding Kruse. Bentzons klarttenkte formuleringer inspirerte også andre rettsvitenskaper, som f.eks. Per Augdahl i hans «Rettskilder» (1949 s 22 note 1; 1973 s 27 note 14).

Man må lete godt blant norske rettsvitenskaper som har ytret seg om den juridisk argumentative betydningen av rettsoppfatninger i juridisk litteratur etter utgivelsen av førsteutgaven av Eckhoffs «Rettskildelære» i 1971, for å finne noen som har hevdet at rettsvitenskaperes utsagn om gjeldende rett ikke er relevante, eller iallfall ikke bør vektlegges i nevneverdig grad ved konkret rettsanvendelse. Carl August Fleischer er den eneste som skiller seg markant ut, se nærmere nedenfor.¹⁰⁹ Per Augdahl, Johs. Andenæs, Jens Edvin Skoghøy, Erik Boe, Mads Henry Andenæs, og Nils Nygaard har alle gitt uttrykk for det standpunkt at rettsvitenskaperoppfatninger i juridisk litteratur er en relevant argumenttype, og at vekten avhenger av argument-situasjonen for øvrig:

Augdahl (1973 s 26–27¹¹⁰ avsnitt V), som riktignok ikke brydde seg om spørsmålet om katalogiseringen av uttalelser i rettslitteraturen som rettskilder eller rettskildefaktor, tok utgangspunkt i et eksplisitt normativt (normfreskrivende) standpunkt, nemlig at vanlige dogmatiske framstillinger ikke skrives som forutsigelser om hva domstolene kommer til å dømme, men for å besvare spørsmålet om hva det er riktig av domstolene å dømme. Augdahl

¹⁰⁹ Jeg har ellers bare funnet ett rettsvitenskaperarbeid hvor rettsvitenskaperetrytringer eller juridisk litteratur framkjennes juridisk argumentativ betydning, nemlig Krüger 1996 (s 290 pkt 3 første avsnitt), som plasserte litteraturen utenfor de normative «rettskilder», men uten å begrunne synspunktet annet enn nokså summarisk.

¹¹⁰ Augdahls framstilling her var uendret fra 1. utgaven av boka, som kom allerede i 1949 (s 20–21 avsnitt IV).

fortsatte, ikke uten et islett av sjølironi: «[Er rettsvitenskapen] kommet til at den og den regel *bør* domstolene følge, står den som oftest uten videre for ham som gjeldende rett» (s 26 siste avsnitt). Og dersom rettsvitenskapens mening ikke var belastet med særlig tvil, antok Augdahl at rettsvitenskapen ville presentere meningen som gjeldende rett, også dersom han etter å ha overveid sannsynligheten for at domstolene ville komme til å følge en slik regel, ikke hadde overvettets store forhåpninger om det (s 26 siste avsnitt flg).

Andenæs 1979 (s 122–23; 2002 s 124–25) sondret mellom på den ene siden rettslitteraturens opplysnings- og argumentasjons- eller overbevisningsverdi, og på den andre siden dens autoritetsvirkning. Det ville

«... ikke være realistisk å benekte at den juridiske litteratur i en viss utstrekning har en *autoritetsvirkning* som gir den større innflytelse i praksis enn det som følger av dens opplysningsverdi og argumentasjonsverdi.» (*Andenæs* 1979 s 122 nestsiste avsnitt; 2002 s 125 første avsnitt.)

Skoghøy 1994 (s 849 flg avsnitt 2.3) rubriserte juridisk teori som en sekundær rettskilde, og hevdet at standpunkter inntatt av anerkjente teoretikere har lett for å bli fulgt av rettsanvendere, så lenge troverdigheten ikke rokkes, men at slike uttalelser likevel ikke kan tillegges større vekt enn det argumentasjonen tilsier (s 850 første avsnitt).

Boe 1996 (s 286–87) hevdet at vekten av rettslitteraturen vil variere både i forhold til argumentsituasjonen og ut fra hva slags avgjørelsesinstans man sikter til med vekspørsmålet.

M. H. Andenæs 1997 (s 129–34) framhevet at problemstillingen om rettslitteraturens betydning for innholdet av gjeldende rett

«... forutsetter at rettslitteraturen ved å fremstille gjeldende rett, samtidig kan ha betydning for hva som anses som gjeldende rett, med andre ord være selvopplyllende. Dette atskiller rettslitteraturen fra faglitteratur om for eksempel fysiske lover. Faglitteratur om fysiske lover setter oss i stand til å erkjenne dem, men påvirker dem ikke. ... At rettslitteraturen her står i en annen stilling, har sammenheng med at spørsmålet om hva som er gjeldende rett, nettopp ikke beror på en ren erkjennelsesprosess. (*M. H. Andenæs* 1997 s 129 siste avsnitt.)

For øvrig nyttet *M. H. Andenæs* det nevnte begrepsapparatet til *Andenæs* 1979, og presenterte ytterligere argumenter med domseksempler til støtte for det syn at rettslitteraturen både hadde opplysnings- og argumentasjonsverdi (overbevisningsverdi) og autoritetsvirkning,

Fleischer 1995 (s 191–205) og 1998 (s 211–26) har vært den mest kritiske til det rådende synet, bl.a. ved å hevde at man bør sondre mellom formell og reell vekt av en uttalelse fra f.eks. «en juridisk teoretiker» (1998 s 223 flg). Men dette synet ble ikke utviklet i videre grad, og dermed etterlot *Fleischer* leseren i begrunnet tvil om han egentlig mente å distansere seg fra *Eckhoffs* syn, eller om han bare mente å gi uttrykk for det syn som vel for rettsvitenskapere i Norge framstår som sjølsagt, når han deretter hevdet

at vekten av en professoral uttalelse bør avgjøres utelukkende ut fra argumentkvaliteten (1998 s 225 nest siste avsnitt¹¹¹). Eckhoff har uansett aldri uttalt at rettsvitenskapernes uttalelser, under samlehattens rettsoppfatninger, *eo ipso* skal tillegges vekt av domstolene.

Nygaard 2004 kan kanskje hevdes å ha flagget et mer restriktivt syn på vekten av juridisk litteratur som argumenttype («rettskildefaktor») sammenholdt med det norske jusstudenter har vendt seg til fra Eckhoffs «Rettskildelære»:

«Rettsoppfatning i *litteraturen* vil normalt ikke bli tillagt sjølvstendig vekt som primær rettsheimel, men den kan vera eit vesentlig bidrag til grunnlaget for regelen. ...» (Nygaard 2004 s 105 tredje avsnitt.)

Ut fra dette utsagnet, og sammenhengen det står i, er det imidlertid neppe grunnlag for å hevde at det er mer enn nyanser mellom Nygaards og Eckhoffs synspunkter. Nygaards formulering må ses i sammenheng med hans begrep 'primær rettsheimel', som litteraturen ikke regnes å være omfattet av. Under dette begrepet henførte Nygaard først og fremst lov, sedvane, alminnelige rettsgrunnsetninger og rettspraksis (i nevnte rekkefølge, iallfall framstillingsmessig).

Følgelig må det være uproblematisk å trekke den slutning at det i norsk rettsvitenskap er brei enighet om at rettsvitenskapernes uttalelser om gjeldende rett er institusjonalisert som relevant argumenttype. Det er etter mitt syn definitivt ingen tilfeldighet at den italienske rettsteoretikeren Norbert Bobbio for 40 år siden, i artikkelen «"Sein" and "Sollen" in Legal Science», hevdet at den såkalte deskriptive metarettsvitenskapen i en (etter hans syn allerede inntrådt) postpositivistisk æra «reveals the eternal prescriptive function of the jurist in society» (1967 s 15 siste avsnitt).

På bakgrunn av denne enigheten er det påfallende at norske rettsvitenskapere i så liten grad har problematisert *deltakerrollens* verdimessige implikasjoner. Kan hende en del av forklaringen her er at man, blendet av det domstolspraksisbeskrivende idealet, rett og slett ikke har sett den institusjonaliserte dobbeltrollen. Jeg viser ellers til drøftelsen i avsnitt (4) nedenfor.

Sjøl om overskriften her er «rettsteoretisk begrunnelse» for grunnantakelsen om det overordnede forskningsidealet for rettsvitenskapere, vil jeg avslutningsvis framheve at dette idealet også kan forsvares som et yrkesideal for praktisk rettsanvendelse, først og fremst med det argument at en av rettsreglenes primæroppgaver er å avverge og løse interessekonflikter (Aubert 1982 s 49 siste avsnitt flg). For at rettsvitenskapen skal kunne bidra til praktisk konfliktløsning, må den komme på banen med konkrete forslag til løsning av rettstvister – ikke primært aktuelle rettstvister, men løsningsanvisninger som generelt anbefales i aktualiserte tvistetyper. Og slike løsningsforslag vil uvegerlig involvere verdimessige eller normforeskrivende overveielser.

¹¹¹ Uendret fra 1995 (s 204 nest siste avsnitt).

(2) *Begrunnelse for oppstillingen av forskningsidealet om å
«utøve verdi- og argumenttransparent forskningsaktivitet»*

Dette er en metodologisk norm om synliggjøring («flagging») av verdier og argumenter i egen forskningsaktivitet, enten aktiviteten utfoldes i skrift eller tale. Verdibegrepet vil jeg i sammenhengen her forklare slik *Aubert* 1979 gjorde det. Han framhevet at verdi kan referere både til et ønsket målobjekt utenfor enkeltindividet og til en bevissthetstilstand hos dette:

«Begrepet *verdi* refererer til målobjekter og tilstander som det knytter seg en tilfredsstillende til. Verdier refererer til objekter, tjenester og tilstander som aktøren ettertrakter. ... Imidlertid kan vi også med verdi sikte til de positive vurderinger av gode ting og hendinger som er lokalisert i individets bevissthet, som fins i dets eget verdisystem. ...» (*Aubert* 1979 s 62 pkt 2 første avsnitt.)

Verdiene har formelt en subsidiær rolle i alle rettsordninger som bygger på den såkalte «separasjonstesen» mellom rett og moral, dvs rettsordninger der moralnormer i utgangspunktet bare er relevante argumenttyper i den utstrekning de er positivt innlemmet i rettsordningen. Den norske rettsordningen og rettsordningen i alle stater vi pleier å sammenlikne oss med bygger, iallfall tilsynelatende, på denne separasjonstesen. Som jeg gjør nærmere rede for i kapittel 3 avsnitt 3.1–2 nedenfor, i tilknytning til min første moralfilosofiske grunnantakelse om at en urimelig (urettferdig) avgjørelse av et rettsspørsmål ikke kan regnes som gjeldende rett, gjennomsyrrer likevel rimelighetshensynet den norske rettsordningen, dels som argumenttype (blant de reelle hensyn), dels som lovfastsatt eller domstolskapt rettsregel.

Tredelingen av vår erkjennelsesevne i (i) det som er sant, (ii) det som er godt (verdifullt, rettferdig) og (iii) det som er vakkert har siden oldtida spilt en sentral rolle i filosofien. Ikke bare bygde Kant på denne inndelingen, den har også vært utgangspunktet for det nokså utbredte standpunktet å plassere det gode (verdifulle, rettferdige) utenfor det menneskene kan erkjenne, altså ha sann (eller alternativt holdbar), begrunnet tro på. Både Max Weber og Alf Ross plasserte verdiene utenfor det erkjennbare (kognitive) feltet.

Min oppfatning er at det er mulig å ha holdbar, begrunnet tro på verdier. Dette er en posisjon som den britiske filosofen Stephen Toulmin hevdet allerede i 1950, som hans kollega Philippa Foot hevdet i flere arbeider på 1950-tallet, som *Habermas* 1973 hevdet og som *Tranøy* 1976 og 2006 har hevdet.¹¹² Og kanskje viktigst, Nils Jareborg hevdet dette synet i monografien «Värderingar» (1975), og fastholdt seinere sitt syn, se blant annet *Jareborg* 2004. Slik jeg har formulert min grunnantakelse inviteres det ikke til en drøftelse av dette erkjennelsesteoretiske spørsmålet.

¹¹² Jeg gjør kort rede for *Habermas*' og *Tranøys* syn i kapittel 3 avsnitt 3.1.2(2) nedenfor, i tilknytning til drøftelsen av moralfilosofiske grunnposisjoner.

Uten hensyn til det syn man måtte ha på verdienes kognitive status, bør det etter min mening være mulig å enes om mitt ideal om å flagge verdiene i egen argumentasjon om gjeldende rett og den juridiske argumentasjonsteorien. Etter mitt erkjennelsesteoretiske grunnsyn må altså verdiene kunne begrunnes rasjonelt. Dersom man benekter mulighetene for rasjonell begrunnelse, bør man kunne akseptere at verdiene må flagges på dette grunnlaget – altså at verdiene fordi de ikke kan begrunnes utgjør erkjennelsesteoretisk svake enkeltelementer i forskningshelheten.

Når det gjelder spørsmålet om hva som er «verdier» i rettsvitenskapelig forskningsaktivitet, kan nok det i seg sjøl være et omstridt spørsmål. Jeg går litt nærmere inn på dette i avsnitt (4) nedenfor.

Når det gjelder *argumentbegrepet* i grunnantakelsen trenger det i motsetning til verdibegrepet knapt noen egen forklaring, iallfall ikke i forhold til rettslig argumentasjon. Når det gjelder bevisbedømmelse vil derimot synet på hva som er argumentasjon (rettsvitenskaperens eget syn) og hva som er erkjennelsesspørsmål (et objektivt konstaterbart faktum) avhenge av mer grunnleggende standpunkter til bevisbedømmelsens erkjennelsesteoretiske status.

Den leksikalske betydningen av «transparent» er «gjennomsiktig».¹¹³ Som substantiv – *transparens* – er betegnelsen et nøkkelord på så sentrale rettsområder som (i) offentlighetslovgivning, (ii) inhabilitetsregler i forvaltningen og domstolene og (iii) antikorrupsjonsregelverk¹¹⁴, ikke bare i norsk lovgivning, men i de fleste siviliserte land. Generelt kan *transparens* hevdes å være et virkemiddel for at personer som berøres skal kunne forvisse seg om at en nærmere angitt aktivitet går riktig for seg. Siktemålet med å oppstille en norm om å utøve verdi- og argumenttransparent forskningsaktivitet er i tråd med dette generelle utgangspunktet at synliggjøringen av verdiaspektene og argumentene vil bidra til en avklaring av disses betydning både for valg av tema, gjennomføring av analyser og konklusjoner. Betydningen vil rimeligvis variere mellom «ingen betydning» og «avgjørende betydning», alt ettersom hva slags spørsmål og kontekst det dreier seg om.

Forskningsidealet om å utøve verdi- og argumenttransparent forskningsaktivitet er *ikke* begrenset til rettsvitenskaperes *de sententia ferenda*- og *de lege ferenda*-ytringer. Som et *ledende synspunkt* vil jeg hevde at *all rettslig argumentasjon*, dvs grunngiving for standpunkter både til rettsspørsmål og bevissspørsmål, *er verdiforankret*.¹¹⁵

Mitt forskningsideal bygger på det syn at verdiaspektene ved rettsvitenskaperes ytringer om gjeldende rett og om argumentasjonsteorien kan

¹¹³ Ifølge Bokmålsordboka, <<http://www.dokpro.uio.no/ordboksoek.html>>, sist besøkt 21.6.2007.

¹¹⁴ Siden 1993 har organisasjonen «Transparency International» jobbet globalt med å fremme antikorrupsjonsholdninger, se <<http://www.transparency.no/>>. Organisasjonsnavnet er åpenbart ikke tilfeldig valgt.

¹¹⁵ Denne formuleringen er inspirert av Poppers «all kunnskap er teoriimpregnert» (1979 s 71–72). Jeg har funnet en tilsvarende formulering hos Jareborg 2004 (s 9 pkt 10 tredje avsnitt).

ekspliseres gjennom rasjonell argumentasjon. Grunnantakelsen har dermed front mot den emotivismen som går som en rød tråd gjennom Ross' arbeider, og som karakteriseres ved at verdistandpunkter er følelsesbrudd uten kognitiv mening. På den andre siden lar det seg hevde at mitt syn *neppe* innebærer noe brudd med Ross' eller Eckhoffs mer praktisk formulerte syn på verdienes store betydning i rettsanvendelsen. Likevel er det klart at ingen av dem formulerte en så klar transparensfordring som i min grunnantakelse, og iallfall ikke slik at verdiene i forhold til transparensfordringen regnes for å prege både den rettslige argumentasjonen og bevisbedømmelsen. Transparensfordringen innebærer kanskje først og fremst et brudd med en såkalt «konstativ» eller «deklarativ» *ytrings- og skriveform*, som dessverre fortsatt i altfor stor grad preger rettslivet.

Transparensfordringen gjelder ikke bare rettsvitenskapenes rettslige argumentasjon i tilknytning til *omstridte* rettsspørsmål, eller på bestemte rettsområder. Også enhver kvalifisert *beskrivelse* av gjeldende rett bygger på verdipremisser om hva som kan utgjøre god eller forsvarlig argumentasjon (*Bankowski* m.fl. 1991 s 22 første avsnitt). Sjøl om siktemålet for en slik beskrivelse verken er forsvar for eller kritikk av en bestemt rettsregel, må følgelig en god beskrivelse oppfylle transparensnormen hva angår slike verdipremisser. *Koskeniemi* 1990 (s 31 andre avsnitt) har om politikken i folkeretten uten omsvøp hevdet at «[i]t is impossible to make substantive decisions within the law which would imply no political choice». Slike politiske valg i folkerettspraksis må altså etter min grunnantakelse flagges.

Det kan være grunn til å poengtere at forskningsidealet om å utøve verdi- og argumenttransparent forskningsaktivitet må tolkes innskrenkende i lys av sitt implisitte formål, nemlig å være en flaggingsregel overfor andre aktører i forskerfellesskapet og overfor offentligheten. I forhold til antatt trivielle og ukontroversielle verdioppfatninger eller argumentasjonsmønstre vil kravet følgelig ikke få noen betydning. *Zahle* 2003 (s 92 første sp) framhevet at rettsvitenskapens to hovedfunksjoner overfor forvaltningen og domstolene var henholdsvis å formidle kunnskap om retten, og å bidra med originale analyser av denne. I forhold til formidlingsfunksjonen vil flaggingsregelen altså sjelden bli aktuell; i analysefunksjonen derimot vil regelen trolig ofte bli det.

Fordringen om å synliggjøre verdiaspektene vil utvilsomt skjerpe den enkelte rettsvitenskapers årvåkenhet, og bidra til at diskutabile verdiaspekter i alle ytringer om gjeldende rett osv blir problematisert allerede under forskningsprosessen, og dermed innreflektert når sluttproduktet presenteres. En ikke ubetydelig del av rettsvitenskapenes forskningsinnsats er imidlertid trolig verdimessig ukontroversiell. Bl.a. av denne grunn er det nok *neppe* grunn til å forvente betydelige endringer i helheten av rettsvitenskapenes forskningsaktivitet, sjøl dersom et større antall rettsvitenskapere skulle begynne å etterleve et skjerpet krav om å utøve verdi- og argumenttransparent forskningsaktivitet i henhold til min grunnantakelse.

Formuleringen av forskningsidealet om å utøve verdi- og argumenttransparent forskningsaktivitet må forstås i lys av den vitenskapsteoretiske debatten om forskningens reinhet, verdifrihet eller nøytralitet som har vært ført i mer enn 100 år, med Max Weber som den betydeligste pioneren. Idealet om verdi- og argumenttransparent forskning innebærer en tilpasning til det grunnsyn at forskningen ikke kan være verdifri. Det foreligger en rekke forsøk på å spissformulere alternativer til Webers ideal om verdifrihet. Blant de bedre forsøkene vil jeg framheve det ideal for sosiologien som *kritisk legitimerende disiplin* som Skjervheim 1964 lanserte.¹¹⁶ Med «kritisk disiplin» mente Skjervheim en vitenskap som ikke nøyde seg med å studere menneskelige handlinger og meninger i deres «faktisitet», men som i tillegg vurderte disse ut fra en av de klassiske standardene om det sanne, det gode eller det rette (s 123 andre avsnitt). Med «legitimerende» mente Skjervheim at ingen teori om mennesket og menneskelige institusjoner kunne være nøytrale – en slik teori måtte enten gi en negativ eller positiv sanksjon til det som er (s 123 siste avsnitt flg). For at en disiplin skulle kunne betegnes som kritisk legitimerende måtte den for det første pretendere å være sann og fornuftig, og for det andre ikke regne seg sjøl som utvendig i forhold til sitt emne, men derimot som en egen disiplin innenfor samfunnet (s 125 første avsnitt).

Videre framhever jeg Röhl 1987 (s 77–86), som konkluderte sin presentasjon av verdifrihetsstriden med å lansere et ideal om *verdibevist* vitenskap («wertbewußte Wissenschaft»), riktignok uten å eksplisere dette idealet.

Jeg vil også framheve Engelstad 2003, som i en breiere anlagt drøftelse av «Kunnskap, makt og normer i samfunnsvitenskapene» tok til orde for at forskningen måtte inneholde «*reell normativ refleksjon*». Med dette mente Engelstad at det ikke var nok å tilkjenne egne verdier. Åpenheten måtte også innebære vilje til å forstå og diskutere alternative verdistandpunkter. Videre måtte forskerne være seg bevisst at personene som gjøres til forskningsobjekter, også er forankret i normoppfatninger (s 239 andre avsnitt).

Mitt forskningsideal om verdi- og argumenttransparent forskningsaktivitet innebærer både et krav om kritisk legitimerende sjølrefleksjon, verdibevisthet og en reell normativ refleksjon, slik Skjervheim, Röhl og Engelstad brukte disse betegnelsene. Disse aspektene kommer jeg tilbake til i avsnitt (4) straks nedenfor.

(3) Begrunnelse av betegnelsen «tydeliggjøre»

Siktemålet er å klargjøre meningsinnholdet i det innledende «utøve verdi- og argumenttransparent»-leddet i grunnantakelsen. Presiseringssiktemålet

¹¹⁶ En kortfattet presentasjon av dette arbeidet fins i Krogh m.fl. 2003 (s 115–18).

synliggjøres gjennom plasseringen av «det vil si»-leddet i setningen. Jeg viser ellers til redegjørelsen i avsnittene (4) og (5) nedenfor.

(4) *Begrunnelse av betegnelsen «verdimessige forutsetninger, verdivalg og verdievaluerende synspunkter»*

Min grunnantakelse oppstiller ikke bare et forskningsideal om verditransparent forskningsaktivitet; verditransparensidealet er også søkt tydeliggjort gjennom den spesifiserende oppdelingen av verdibegrepet i (i) verdimessige forutsetninger, (ii) verdivalg og (iii) verdievaluerende synspunkter. Siktemålet med denne spesifiseringen er å fange opp dilemmaene som Weber slet med ut fra sin skarpe todeling mellom faktautsagn og verdiutsagn, og som han løste ved å fordre bevisstgjøring og åpenhet om (i) og (ii), og ved å forvise (iii) fra den vitenskapelige aktiviteten.¹¹⁷ Min grunnantakelse er konform med Webers syn hva angår (i) og (ii), men ikke hva angår (iii), se min argumentasjon i avsnitt (2) foran for å kreve åpenhet om de iboende verdiene i den vitenskapelige kunnskapsproduksjonen.

Weber og Popper hadde begge statusen til *empirisk* forskning for øye i sine ovennevnte vitenskapsteoretiske tilkjennevelser, altså et tema på siden av grunnantakelsen her, noe jeg presiserer i avsnitt (6) nedenfor. Deres synspunkter er fortsatt grunnleggende vitenskapsteoretisk debatt om verdiene i forskningen, og hører derfor uansett hjemme i framstillingen her.

I og med at grunnantakelsen presiserer «verdi- og argumenttransparent» slik at betegnelsen både omfatter forskningsaktivitet som involverer verdier og normer, har jeg ikke sett behov for å oppstille kriterier for å sondre mellom verdier og normer, verken intensjonelt eller ekstensjonelt. Sundby 1974 (s 176–84) forsøkte å sondre mellom det han kalte normative utsagn (normfastsettelse, normbeskrivelser og normpåkallelser) og evaluative utsagn (verdiutsagn eller vurderingsutsagn, forstått som resultatet av en vurdering). Hans siktemål var imidlertid et annet enn mitt: nemlig å få fram det karakteristiske ved normene.¹¹⁸ For mine formål viser jeg (som i avsnitt (2) ovenfor) til Aubert 1979, som framhevet to sentrale aspekter ved begrepene om verdi og norm: for det første at relasjonen mellom verdi og norm kan betraktes som en mål–middel-relasjon, der verdien er målet, og normen er midlene; og for det andre at denne mål–middel-relasjonen er relativ, dvs kontekstuel ombyttbar:

¹¹⁷ Om Webers syn på (i) og (ii), se avsnitt (1.2) ovenfor, og om hans syn på (iii), se avsnitt 2.3.3(1.1) nedenfor.

¹¹⁸ I denne forbindelse hevder Sundby bl.a. at en verdsetting kan være absolutt eller relativ, mens plikt-normeringer derimot er «alltid absolutte» (s 180 siste avsnitt), og at motstrid mellom vurderinger løses gjennom avveininger, mens motstrid mellom normer typisk løses gjennom prioritering (s 181 andre avsnitt). Begge disse resonnementene synes jeg er problematiske, men de berører ikke meningsinnholdet i grunnantakelsen her. For øvrig måtte også Sundby innrømme at det ved de generelle vurderingene blir ytterst problematisk, og kanskje unødig, å skille mellom vurdering og norm (s 182 siste avsnitt).

... Hvis vi sier at verdien refererer til et mål, et endepunkt for en bestrebelse, så blir normene nærmest regulering av atferd som kan føre til målet. Verdien er overordnet, og normene følger av den. Verdien peker ut målet, normene angir midlene. Men skillet mellom mål og middel, mellom verdi og norm, er bare relativt. Noe som i én handlingsrekkefølge er et mål, et endepunkt, blir i en annen handlingsrekkefølge bare et middel. ...» (Aubert 1979 s 62 pkt 2 andre avsnitt.)

Det som Aubert karakteriserte som en relativ mål–middel-relasjon mellom verdi og norm i en generell sosiologisk kontekst, er også iøynefallende for rettsordningen, ved at rettsnormene i stor utstrekning er verdinormer (dvs normer som fastsetter at noe har verdi), enten direkte, eller indirekte – gjennom avveiningsnormer (herunder avveiningsmarkører og vurderingsadjektiver).¹¹⁹ Et typisk eksempel på en verdinorm er Naturvernloven 19.6.1970 nr 63 § 1(1), som lyder slik: «Naturen er en nasjonalverdi som må vernes.» Et typisk eksempel på en avveiningsnorm er Personopplysningsloven 14.4.2000 nr 31 § 8(1), som statuerer at personopplysninger, når det ikke foreligger samtykke eller lovhjemmel, bare kan behandles «dersom ... behandlingen er nødvendig» for å oppnå slike følger som er listet opp i de angitte alternativer a)–f) i bestemmelsen.

(5) *Begrunnelse av betegnelsen «normforeskrivende elementer»*

Med denne betegnelsen sikter jeg til alle rettsvitenskaperes ytringer om gjeldende rett, bortsett fra når disse (i) enten er av utpreget beskrivende eller konstaterende karakter, (ii) eller gjelder trivielle rettsspørsmål. Gjennom denne innskrenkende lesningen vil en stor del av rettsvitenskaperes ytringer om gjeldende rett falle utenfor denne grunnantakelsens transparenskrav – noe som er hensikten. En flaggingsregel ville bli virkningsløs dersom flaggene heises i fleng, jf også bemerkningen om dette i avsnitt (2) foran.

Grensetrekkingen mellom flaggingspliktige og flaggingsfrie ytringer vil praktisk sett neppe by på tvil i forbindelse med triviell kunnskapsformidling, mens tvilssituasjonene teoretisk likevel er legio. Jo mer komplekst resonnementet bak en rettsvitenskaperytring om gjeldende rett er, desto større grunn er det til å regne med at ytringen inneholder ett eller flere normforeskrivende elementer, som følgelig må tydeliggjøres.

(6) *Begrunnelse av betegnelsen «i alle ytringer om gjeldende rett og den juridiske argumentasjonsteorien»*

Med betegnelsen «i alle ytringer om gjeldende rett og den juridiske argumentasjonsteorien» foretas det en avgrensning mot verdi- og argument-

¹¹⁹ Nærmere om avveiningsnormer og avveiningsmarkører, se Sundby 1974 (s 190–307). Nærmere om vurderingsadjektiver, se Vatvedt Fjeld 1998.

transparensutfordringer i tilknytning til rettsvitenskapenes empiriske forskning, i praksis først og fremst i rettssosiologisk og rettsøkonomisk forskning. Videre avgrenses det mot transparensutfordringer i rettshistorisk forskning. Det er utelukkende pragmatiske grunner til at jeg har valgt en slik spissing av grunnantakelsen. Når det gjelder grunnantakelsens begrunnbarhet ville nemlig argumentasjonslinjene etter mitt syn hovedsakelig være sammenfallende, også dersom man inkluderte slik forskning.

Om bakgrunnen for uttrykksmåten her vil jeg for øvrig hevde at man bør stille samme forventninger til tydeliggjøring av verdimeslige forutsetninger mv og normforeskrivende elementer i rettsvitenskapenes ytringer om gjeldende rett som i deres ytringer om den juridiske argumentasjonsteorien. Riktignok fanger gjeldende rett-formuleringen også opp de gjeldende juridiske argumentasjonsreglene og -prinsippene, som altså uansett dekkes av denne formuleringen. Likevel er det en ubestridelig realitet at domspraksis bare i liten grad inneholder bemerkninger om juridiske argumentasjonsregler. I og med at det er rettsvitenskapen som har utviklet og vedlikeholder den juridiske argumentasjonsteorien, er det ikke holdbart å immunisere denne teorien mot den transparensfordringen som jeg oppstiller.

(7) *Begrunnelse av betegnelsen «må være»*

Betydningen av betegnelsen «må være» i grunnantakelsen er forklart generelt i kapittel 1 avsnitt 1.3.1–1.3.3 ovenfor, jf også begrunnelsen i avsnitt 2.2.1(5) ovenfor, som gjelder tilsvarende her: Bruken av det modale hjelpeverbet «må» reflekterer grunnantakelsens status som en valgt, normforeskrivende definisjon, altså som et begrunnbart standpunkt til et – her vitenskapsteoretisk – grunnproblem i norsk rettsvitenskap. Det ligger altså ikke noen pretensjon om noen logisk begrunnbarhet eller sannhetspretensjon for øvrig innbakt i denne betegnelsen.

2.3.2 Innplassering av grunnantakelsen i forhold til liknende synspunkter i norsk rettsvitenskap

(1) *Innledning*

Min grunnantakelse om at det overordnede forskningsidealet for rettsvitenskapere må være å utøve verdi- og argumenttransparent forskningsaktivitet, bygger ikke på bestemte forutsetninger om hvor stor andel av rettslig argumentasjon som må regnes som verdiforankret. Historisk og systematisk er min grunnantakelse lenket sammen med striden om den ontologiske forståelsen av gjeldende rett-begrepet, og striden om rettsvitenskapen skal regne seg som en deskriptiv eller normativ vitenskap. Disse forhold nød-

vendigjør at jeg i fortsettelsen først trekker noen linjer helt tilbake til forrige århundreskifte.

(2) *Rettsvitenskapenes forskningsideal før rettsrealismen slo igjennom på 1950-tallet*

Björne 2002 (s 286 siste avsnitt) har hevdet at sontringen mellom en deskriptiv og normativ rettsvitenskap i nordisk rettsvitenskap «aldrig [blev] explicit framstallt på 1800-talet».¹²⁰ Slik jeg ser det ble denne sontringen først begrepsliggjort i skandinavisk rettsvitenskap gjennom framveksten av Uppsala-skolens rettsrealisme fra 1920-tallet og utover. En slik sontring var nemlig en logisk konsekvens av rettsrealistenes standpunkt om at ‘den praktiserte rett ved domstolene’ er svaret på det ontologiske grunnspørsmålet om hva ‘rett’ er. Det kan heller ikke være tvilsomt at både Max Weber og Hans Kelsen fra tidlig på 1900-tallet, og seinere Gunnar Myrdal, bidro til økt fokusering på sontringen mellom erkjennelsesspørsmål (kunnskaps-spørsmål) og verdispørsmål (vurderingsspørsmål) ikke bare i samfunns- og humanvitenskapene i alminnelighet i Skandinavia, men i rettsvitenskapen i særdeleshet i disse landene.

De skandinaviske rettsrealistenes program for å gjøre rettsvitenskapen verdifri, herunder rense den for politikk, var ikke det som ga denne rettsteorien dens særpreg. Et slikt program var helt i tråd med breie positivistiske strømninger i rettsvitenskapen i vår kulturkrets som hadde kommet til syne allerede på andre halvpart av 1800-tallet. For sosialdemokraten Alf Ross, rettsrealistenes ledende talsperson, var det riktignok et tilleggsmål å tilbakevise hans hovedopponent Frederik Vinding Kruses rettsteori som konservativ politikk innpakket i pseudovitenskapelige gevanter,¹²¹ men det var likevel i forhold til stridsspørsmålene jeg nevnte innledningsvis – det ontologiske spørsmålet og spørsmålet om rettsvitenskapens normativitet – at rettsrealismen sto for en genuint ny tilnærming. I disse stridsspørsmålene angrep nemlig rettsrealistene den samtidige rettsvitenskapen i kjernen av dens sjølbilde, forståelsen av hva vitenskap er.

At norske rettsvitenskapere fra tidlig på 1900-tallet og fram til rettsrealismen gradvis fikk overtaket litt ut på 1950-tallet må ha betraktet det som en forskningsmessig kjerneaktivitet å ytre seg *autoritativt* om innholdet av gjeldende rett, uavhengig av om den enkelte rettsvitenskaper i rettsteoretisk forstand plasserte seg som tilhenger av den ene eller andre rettsteoretiske skoleretning, holder jeg for nokså sikkert. Den seinere høyesterettsjustitiarius Herman Scheel må sis å ha anslått en slik tone – ved å lansere et program for rettsvitenskapen som i vår tid gjerne omtales som «rasjonell re-

¹²⁰ Jeg har funnet denne bemerkningen hos *Nesland* 2006 (s 44 note 79).

¹²¹ Se f.eks. Ross’ kritiske behandling av Vinding Kruses to binds rettsteoretiske hovedverk, «Retslæren» (1943), i *TJR* 1945 (58) s 273–92, under overskriften «En retslære fra det 19. aarhundrede».

konstruksjon» av gjeldende rett¹²² – i sin prøveforelesning over sjølvalgt emne for dr juris-graden i 1892, som ble trykt i *TfR* 15 år seinere:

«... Videnskaben om den gjældende Ret har ... til Opgave at utfinde de Regler, som Statens retshaandhævende Organer bør haandhæve, og at fremstille disse i den bedst mulige Orden og Sammenhæng, ledsaget af en saadan Begrun[s 257]delse, som anses nødvendig for at overbevise om Rigtigheden af de vundne Resultater. Og det er disse Regler, som man sammenfatter under Betegnelsen gjældende Ret. ...» (*Scheel* 1907 s 256 siste avsnitt flg.)

Oscar Platou fulgte opp Scheels programformulering gjennom «Forelæsninger over Retskildernes Theori» (1915), den første samlende framstillingen av metodefaget på 1900-tallet, ved å gi uttrykk for en sterk tro på «Theoretikerens methodiske, ordnende, organiserende Virksomhed» og «systematiske Tænkning» som «Kilde til Retserkjendelse» (s 93 siste avsnitt).

Frede Castberg tilkjennega i «Rettsfilosofiske grunnspørsmål» (1939) en klar støtte til en realistisk ontologi, dvs til et naturrettslig forankret syn på retten, og uttalte bl.a. at «[m]an kommer ikke forbi nødvendigheten av en rettslære, som veileder det praktiske rettslivs menn om hvordan rettskonflikter skal eller kan løses etter den gjeldende rett» (s 17 første avsnitt). I en artikkel i *TfR* et par år seinere, med klar polemisk brodd mot den framrykkende, skandinaviske rettsrealismen, åpnet han karakteristisk med å hevde at «[r]ettsvitenskapens hovedoppgave er å erkjenne innholdet av den gjeldende rett», basert på den forutsetning at «det er mulig å nå til objektivt riktige resultater gjennom det juridiske tankearbeide» (*Castberg* 1941 s 121 første avsnitt).¹²³

Videre viser jeg til *Arnholm* 1959 (s 13 avsnitt IV), som ga uttrykk for klar støtte til det syn som *Ekelöf* 1951 hadde gått inn for om at rettsvitenskapene ikke bare skulle beskrive retten, men også gi rekommandasjoner om tolkingen av den.¹²⁴ Castberg og Arnholm kunne altså enes om at det var en rettsvitenskaperoppgave å veilede det øvrige rettslivet om innholdet av gjeldende rett, men denne enigheten dekket over til dels motstridende oppfatninger av det ontologiske spørsmålet om hva retten er.¹²⁵ Mens Castberg, i likhet med den konstruktive skolen som hadde sin glanstid i Tyskland mot slutten av 1800-tallet, mente at rettsvitenskapene kunne *finne* en eksisterende rett (gjennom den konstruktive metoden som ga rettsteo-

¹²² Mer om rasjonell rekonstruksjon i avsnitt 2.3.3(3) nedenfor.

¹²³ Den seinere Castberg dempet denne hentydningen til erkjennelse av retten betraktelig, se f.eks. Castberg 1965 (s 72 andre avsnitt), og særlig s 110 note 1, hvor han eksplisitt ga uttrykk for at sannhetsbegrepet ikke passet i forbindelse med utsagn om normers gyldighet.

¹²⁴ Se også Arnholms karakteristiske uttalelse i 1943 om at rettsvitenskapene ikke bare skulle varsle vær, men også lage vær, gjengitt i avsnitt 2.2.3(6.1) foran.

¹²⁵ Uenigheten omfattet nok også det tradisjonelle erkjennelsesteoretiske spørsmålet om mennesket kunne ha sann, begrunnet tro på retten, men en slik spørsmålsstilling var ikke vanlig i rettsteorien den gang.

rien dens navn), var Arnholm av den oppfatning at rettsvitenskapene ikke måtte stoppe ved beskrivelsen av retten, men også bidra til dens videreutvikling.

Tilhengerne av den konstruktive skolen i rettsvitenskapen anså rettsvitenskapernes uttalelser om gjeldende rett som sanne beskrivelser av en objektivt eksisterende rett, *ikke* som normative, i betydningen normforeskrivende, uttalelser om hvordan gjeldende rett burde være. Ontologien var realistisk, i den terminologi vi i dag nytter, men ideologien hadde også klare anstrøk av positivisme. Frede Castberg, som i sin sjølvalgte prøveforelesning i 1921 for den juridiske doktorgrad, «Den konstruktive metode», presenterte et kritisk overblikk over denne rettsteorien, ga et instruktivt eksempel på den positivistiske tendensen, ved å gjengi «skolemester» Rudolf von Jherings uttalelse fra «Geist des römischen Rechts», 3. utg 1875 bind II s 361, om at rettsvitenskapen måtte være *en naturvitenskap på åndslivets område* (Castberg 1922 s 295 andre avsnitt). Ut fra denne tankegangen var det ikke annet å vente enn at spørsmålet om å skille mellom beskrivelse og vurdering i rettsanvendelsen lå utenfor den konstruktive skoles horisont. Og ikke bare det, rettspolitikk var regelrett bannlyst som rettsvitenskapelig oppgave, noe som skapte betydelige praktiske problemer ved utarbeidelsen av den store privatrettskodifikasjonen i Tyskland, Bürgerliches Gesetzbuch, ved forrige århundreskifte (Castberg 1922 s 298 siste avsnitt flg, særlig s 300).

Castbergs kritikk av den konstruktive skolen ble foregrepet av Hagerup i åpningsartikkelen «Den nye Retsvidenskab» i det nyetablerte *TfR* i 1888, altså over 30 år tidligere. I motsetning til Castberg, som mente at det ikke var noe bra i denne rettsteorien, hadde Hagerup en mer tvisynt holdning, og ga uttrykk for denne på en eksemplarisk måte, også målt med dagens krav til vitenskapelige arbeider. Hagerup erklærte at han ville forsvare metoden, men ikke dens misbruk (s 36 første avsnitt), og framfor alt ville han ikke forsvare forsøkene på å erstatte rettsdogmatikken med sosiologisk jurisprudence (s 55–56). Mest interessant med sikte på utviklingslinjene i norsk rettsteori fram til rettsrealismens gjennombrudd, er følgende formulering om synet på rettsbegrepet: «... Begreberne som saadanne besidder ligesaa lidt som de absolute Fornufts kategorier eller de økonomiske og etiske Principper nogen Betydning som Retskilde udenfor og over Loven» (1888 s 33 andre avsnitt).¹²⁶ Med denne distanseringen fra en rettsontologi som bygde på rettsbegrepenes primat, bidro Hagerup vesentlig til en videreutvikling av pragmatiske strømninger i norsk rettsvitenskap, som mer enn 50 år seinere bidro til en overraskende myk resepsjon av rettsrealismen.

Ut fra denne gjennomgåelsen av synspunkter på rettsvitenskapens kjerneoppgave i norsk rettsvitenskap fra Scheel til Arnholm, er det klart at det domstolspraksisbeskrivende vitenskapsidealet til Ross 1953 og det domstolspraksisbeskrivende idealet for metodefaget til Eckhoff 1971b brøt tvert med en minst 50 år gammel overveiende normforeskrivende linje i norsk rettsvitenskap: *På den ene siden* bidro Ross og Eckhoff unektelig mer enn noen andre før dem til en fokusering blant norske rettsvitenskaper på verdispørsmålenes (vurderingenes) rolle i rettsanvendelsen, og på betydningen av å sondre mellom kunnskapsspørsmål og vurderingss spørsmål i alle faser av rettsanvendelsen. At denne siden ved rettsrealismen har satt varige spor etter seg i norsk rettsvitenskap, må være ubestridelig, jf.eks.emplene jeg ga i avsnitt 2.2.3(6.1) foran, og ellers mer utdypende om Eckhoffs rolle for så vidt i avsnitt 2.3.3(1.3) nedenfor. *På den andre siden* –

¹²⁶ Formuleringen til Arnholm 1959 (s 12 petitavsnittet) om at Hagerup var den konstruktive skoles apostel i Norge framstår alene ut fra dette sitatet som lite treffende.

og det er unektelig noe paradoksalt – påvirket det domstolspraksisbeskrivende idealet til Ross og Eckhoff neppe i betydelig utstrekning rettsvitenskapernes oppfatning av deres *rettsdogmatiske* kjerneoppgave, å foreta rasjonell rekonstruksjon av rettsordningen, herunder å gi normforeskrivende råd til det praktiske rettsliv.¹²⁷

(3) *Rettsvitenskapenes forskningsideal under rettsrealismens glansperiode – før 1990-tallet*

Norsk metodelære etter andre verdenskrig var i de første tiåra iallfall hva angår skrevne læremidler bare én rettsvitenskapers, Per Augdahls, verk. I hans «Rettskilder», 1. utg 1949, 2. utg 1961, var oppfatningen av rettsvitenskapernes kjerneoppgave helt i tråd med de foran gjengitte oppfatningene til *Scheel* 1907 og *Platou* 1915 om at rettsvitenskapene burde uttale seg autoritativt om gjeldende rett. Augdahls klare pro-holdning til en normforeskrivende oppgave for rettsvitenskapene framkom i hans diskusjon av gjeldende rett-begrepet (1949 s 12 flg). Augdahl trakk linjene helt tilbake til *Bentzon* 1905.¹²⁸ Etter å ha gitt et oppriss av norsk og dansk rettskildetori, hvor han bl.a. sidestilte Hagerups psykologiske forklaring på at retten gjelder (1907) med den domstolspraksisbeskrivende rettskildelære til de nordamerikanske rettsrealistene, og videre sveipet ironisk over synspunktene både til *Castberg* 1939 og den yngre Ross, formulerte han sitt eget syn slik:

«... [D]et som først og fremst optar [en rettsdogmatiske forfatter] når han skal fremstille gjeldende rett, er utvilsomt ikke spørsmålet om hvilke regler det er sannsynlig at domstolene vil komme til å følge, men spørsmålet: hvilke regler domstolene bør følge.* ... [s 22]

Dette “bør” behøver ikke å bety noen pretensjon fra forfatterens side i retning av at de regler som han utgir for å være gjeldende rett, er forlenet med en “høiere”, “oversanselig” gyldighet der gjør det til en like oversanselig plikt for dommerne å følge dem. Der behøver ikke å ligge annet i det nevnte “bør”, enn at han anser det han serverer, for å være de regler som – alle forhold tatt i betraktning ... for tiden representerer den *beste ledetråd* for domstolene ... og altså egner seg best til å anvendes av disse.*» (*Augdahl* 1949 s 21 andre avsnitt flg.¹²⁹)

Dette synet fastholdt Augdahl både i 1961- og 1973-utgaven av boka. Om sitt metodesyn ga han videre følgende til beste:

¹²⁷ At verken Ross eller Eckhoff fulgte sine domstolspraksisbeskrivende idealer i egne rettsdogmatiske arbeider, er det heller ikke vanskelig å påvise.

¹²⁸ Se Bentzon-sitatet i avsnitt 2.2.3(6.1) foran.

¹²⁹ Overveiende likedan i *Augdahl* 1961 (s 18 andre avsnitt flg); og *Augdahl* 1973 (s 26 andre avsnitt flg).

«En slik rettskildelære kan selvsagt ikke gjøre krav på å være vitenskabelig i egentlig forstand. Den må jo nødvendigvis bygge på verdiforestillinger som unddrar sig vitenskabelig verifisering.

Men det er jo ikke annet enn hvad der også gjelder den gjengse rettsdogmatik. Det som kan være av vitenskabelig verdi i en slik ... fremstilling finnes ikke i selve de rettsdogmatiske utsagn – konklusjonene – men i premissene for dem, tilveiebringelsen av utsagnsmateriale, påvisning av sosiale kausalitetsforhold osv. Og ganske det samme gjelder en rettskildelære av den nyss nevnte art.» (Augdahl 1949 s 35 andre avsnitt flg.¹³⁰)

Også dette synet ble fastholdt både i 1961- og 1973-utgaven av boka. I de gjengitte avsnitt tilkjennega Augdahl *for det første* en tilslutning til det grunnsynet at verdier ikke kan gjøres til gjenstand for vitenskapelig behandling – den velkjente akognitivitetstesen i positivistisk influert samfunns- og humanvitenskap, som rettsvitenskapere i de nordiske land er fortløpig med fra Ross 1953. *For det andre* framkom Augdahl, gjennom sin generaliserende bemerkning om hva som var den typiske situasjonen i rettsdogmatikken, med en interessant meningstilkjennegivelse om den rettsvitenskapelige vitenskapelighetsnormen. Den vitenskapelighetsnormen han formulerte er reint metodologisk, noe som er i tråd med både de gjeldende normer for doktorgradsbedømmelser og min egen grunnantakelse om den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning, se avsnitt 2.2 foran.

I kontrast til Ross og Eckhoff fastholdt altså Augdahl et normforeskrivende ideal for rettsdogmatikerne, sjøl om han innrømmet at konklusjonene («bør»-utsagnene) ikke kunne hevdes å være vitenskapelige. Men – også i kontrast til Ross og Eckhoff – var Augdahl praktisk talt ikke opptatt av verdienes (vurderingenes) rolle under rettsanvendelsen. Augdahls «Rettskilder» inneholdt knapt en eneste formaning om å argumentere med åpne premisser for egne «bør»-standpunkter. På dette avgjørende punkt er det altså et hav som skiller Augdahls posisjon fra posisjonen i min grunnantakelse. Etter min mening er det en klar inkonsekvens i Augdahls posisjon, når han både (i) forfektet den tradisjonelle normforeskrivende oppgaven for rettsvitenskapene, (ii) tok det standpunkt at verdiene ikke kan begrunnes rasjonelt og (iii) likevel *ikke* problematiserte de forskningsetiske sidene ved en slik blanding av «snørr og barter» som han klart uttalte at han gikk inn for.

Augdahls klart uttalte tilslutning til et normforeskrivende ideal i rettsdogmatikken er nok et særstykke i norsk rettsvitenskap i åra fra 1950 og fram til den nynormativistiske reorienteringen tidlig på 1990-tallet. Et større antall rettsvitenskapere i Norge unnlot nok i praksis å følge Ross' eller Eckhoffs domstolspraksisbeskrivende idealer i sine rettsdogmatiske arbeider, men det er ikke lett å få øye på noen som tonet flagg om dette slik

¹³⁰ Overveiende likedan i Augdahl 1961 (s 30 tredje avsnitt flg); og Augdahl 1973 (s 39 tredje avsnitt flg).

Augdahl gjorde.¹³¹ Når det gjelder spørsmålet om relasjonen mellom erkjennelse og vurdering i rettsanvendelsen har jeg ellers bare funnet ett norsk rettsvitenskaperarbeid på 1970- og 1980-tallet – de åra som må kunne kalles glanstida for Eckhoffs «Rettskildelære» – som det er verdt å omtale, uten hensyn til om posisjonen inneholdt liknende synspunkter som i min grunnantakelse, eller ga uttrykk for rakt motsatte synspunkter, nemlig Erik Boes doktoravhandling «Distriktenes utbyggingsfond» (1979).¹³² Her framhevet forfatteren, i en kortfattet redegjørelse for disse spørsmålene, at man ved å skyve verdivurderingene ut av begrepet 'rettsvitenskap' ikke oppnår noen ting:

«... Poenget må være å få gjort ubevisste vurderinger bevisste, og dette oppnår man best ved å tillate vurderinger å få tre åpent fram. Hva enten verdivalgene blir brukt til konsekvent forsvar for den bestående rettsorden, til det stikk motsatte eller til noe midt imellom, er det de *skjulte* innstillingene vi trenger å gardere oss imot. ...» (Boe 1979 s 35 første avsnitt.)

Viktige elementer i min grunnantakelse framtrer som sammenfallende med denne argumentasjonen til Boe.

(4) Rettsvitenskabernes forskningsideal fra 1990-åra og seinere

På 1990-tallet ble det igjen momentum i den rettsteoretiske posisjonen i Norge: *Doublet og Bernt* 1993 (s 162 flg) adresserte spørsmålet om vurderingenes plass i rettsanvendelsen, og mer avledet, vurderingene fra rettsvitenskapernes ståsted, under overskriften «Juss og verdimessig objektivitet». De reiste bl.a. spørsmålet om «en domstolsorientert rettsvitenskap kan anses som *politisk* objektiv» (s 162 pkt 7.7 første avsnitt), og besvarte dette ganske kort ved å vise til at målestokken for hva som er riktige rettslige resonnementer og riktig og gal juss, synes innebygget i det juridiske fagfellesskapet (s 162 pkt 7.7 andre avsnitt), nærmere bestemt i en eventuell «bred faglig enighet om grunnleggende verdi- og metodespørsmål» i dette fagfellesskapet (s 163 nestsiste avsnitt). At jussen overveiende fungerer problemfritt, tilskrev *Doublet og Bernt* det forhold at rettslige tvilsspørsmål i praksis utgjør en forsvinnende liten del av det samlede antall saker (s 162 pkt 7.7 siste avsnitt).

Bernt og Doublet 1998 inneholdt bl.a. et kapittel med overskriften «Juss og verdier» (s 223 flg), hvor forfatterne stilte spørsmålet om rettsvitenskapen skulle beskrive eller vurdere. Her understreket forfatterne kort flere

¹³¹ En av de markante norske etterkrigsrettsvitenskaper som *post festum* – på julemøtet i Norsk forening for rettsfilosofi i Oslo i 1999 – flagget at han aldri hadde slukt rettsrealismen med hud og hår, er Peter Lødrup. (Opplysning basert på egne notater under møtet.)

¹³² *Sundby* 1974 skiller seg naturligvis ut her; men hans arbeid adresserte ikke direkte det som er temaet for min grunnantakelse om det overordnede forskningsidealet for rettsvitenskaper. Om mitt syn på Sundbys sondring mellom normer og vurderinger, se avsnitt 2.3.1(4) foran.

ukontroversielle metodologiske krav til forskningen, og framhevet i denne forbindelse også «gjennomsiktighet i premissene» (s 223 andre avsnitt). Det siste er et krav helt i overensstemmelse med min grunnantakelse.

Bernt og Doublet tok i denne forbindelse også til orde for å forankre rettsvitenskapen i en hermeneutisk erkjennelsesteoretisk posisjon (og, vil jeg tilføye for egen del: implisitt ontologisk posisjon), som de hadde gjort rede for i kapitlet «Hermeneutikken som alternativ til det positivistiske vitenskapelighetskriterium» (s 161–221), ved å hevde at «[i] hermeneutikken ligger verdiene inne som *fordommer* som bestemmer både problemstillinger, virkelighetsoppfatning og valg» (s 224 første avsnitt). Jeg deler forfatterens syn på at hermeneutikken gir inngang til en bedre *forforståelse* av verdiaspektene ved rettsvitenskapernes tradisjonelle oppgaver, samtidig som det er et tankekors at en utbredt oppfatning av det hermeneutiske begrepet om menneskenes *forståelseshorisont* synes å innebære at man *oppgir* ambisjonen om å eksplisere verdiaspektene bl.a. i rettslig argumentasjon. Se f.eks. utlegningen hos Krogh m.fl. 2003 (s 242 flg, særlig s 247 siste avsnitt) om at vi nok kan ta opp enkelte elementer til kritisk prøving, men aldri helheten.

For Erik Friis Fæhn i artikkelen «Verdimessige forutsetninger for Torstein Eckhoffs rettskildelære» (1999) var det et innledende poeng å få fram at Eckhoffs skarpe skille mellom beskrivelse og vurdering var mangelfull – at det her mer var snakk om gradsforskjeller, fordi beskrivelser også alltid forutsetter bedømmelser (s 129–30). Denne erkjennelsesteoretiske posisjonen ble imidlertid ikke utdypet nærmere, heller ikke på den måten at Friis Fæhn evaluerte Eckhoffs betoning av viktigheten av å synliggjøre vurderingenes rolle under rettsanvendelsen. Spørsmålet om argument- og verditransparens som forskningsideal ble heller ikke tatt opp i Friis Fæhns doktoravhandling (2002), forsvart i 2003.

Kåre Lilleholt tok i en artikkel i 2000 (s 51 andre avsnitt) om reelle hensyn i formueretten som et sjølsagt utgangspunkt at det er en oppgave for rettsvitenskapen å «passe på» den tredje statsmakt.

Knut Bergo tok i sin doktoravhandling, forsvart i 2002, for seg Eckhoffs rettskildelære i et kapittel (2002 kapittel 4 s 342–435) på om lag 100 sider, men uten å beskrive eller vurdere Eckhoffs fokusering på sontringen mellom kunnskapsspørsmål og vurderingsspørsmål i alle faser av rettsanvendelsesprosessen. Etter mitt syn framstår dette som noe paradoksalt, i og med at Bergos primære analyseperspektiv var de erkjennelsesteoretiske og ontologiske bærebjelkene i Eckhoffs rettskildelære. Noe egenformulert ideal om verdi- og argumenttransparens som overordnet forskningsideal eller som ideal i metodefaget kan knapt hevdes å komme til syne i avhandlingens mangslungne analyser av et større antall rettsteoretikers arbeid. Bergo sammenfattet sin analyse av Eckhoffs rettskildelære (s 430–35) med å hevde at den styrende normative primærverdien for Eckhoff var den demokratiske verdi at stortingsflertallet skulle kunne lovgi stort sett uten konstitusjonelle skranker, og at domstolenes oppgave var å realisere denne lovgiverviljen gjennom en «konkret lukkende lovgivervennlig rettskildelære» (s 435). Følgelig var det «nærliggende å karakterisere

Eckhoff som en normativ rettspositivist snarere enn som ikke-normativ rettsrealist» (s 430 siste avsnitt).

Morten Kinander tok i sin doktoravhandling, forsvart i 2003, et klart standpunkt til fordel for argumentativ åpenhet i rettsordningen, uten spesifikt å drøfte spørsmålet om den erkjennelsesteoretiske statusen til vurderingene (standpunkter til verdispørsmål). I tilknytning til sitt angrep på rettsrealistenes såkalte ubestemthetstese, dvs at man aldri kan vite på forhånd hva retten er, før domstolene har avgjort en tvist (kapittel 4, s 202 flg), hevdet Kinander bl.a. følgende:

«... I argue that the legitimacy of law is better furthered through *transparency and publicity*. These concepts, taken as ideals for jurisprudence, are the ideals of any well-functioning science or academic discipline, and I can see no reason why they should not be vitally important for jurisprudence, which is concerned with establishing the legitimate basis for governmental exercise of power through sanctioning of reasons. It is time, therefore, to pay attention to the *public* aspect of legal reasoning as conceived by legal realism, and not only to how the core of law-applying jurists conceives of law.» (Kinander 2004 s 203 første avsnitt.)

Kinanders synspunkter her anser jeg for godt forenlige med min grunnantakelse, sjøl om hans transparensfordring er generelt utformet, uten spesifisering på verdi- og argumenttransparens. I boka avslutningskapittel, som konklusjon på hans sterke kritikk av Høyesteretts avveiningsforankrede rettsanvendelse i Kjuus-kjennelsen, Rt 1997 s 1821, kom det tydeligere fram at kravet om transparens etter Kinanders syn ikke bare var ment som en metodologisk norm, men som et krav om substansielle endringer i rettstenkningen, i retning av en mer forutsigelig rettsordning:

«Thus, realism, which promises and guarantees openness, predictability and transparency as chief instrumental values in legal reasoning, is not able to deliver. The open-ended balancing approach to what might otherwise be considered questions of principle does not leave room for a robust protection of individual rights in conflict with what the majority considers to be overriding societal values. The balancing model, so clearly expressed in the *Kjuus Case*, is a misguided strategy for enhancing openness, transparency and predictability. ...» (Kinander 2004 s 350 nestsiste avsnitt.)

Jeg er enig med Kinander i at den såkalte avveiningsmodellen ofte er utilfredsstillende som hjelpemiddel for å avklare den legitime målestokk for en rettsavgjørelse. En slik målestokk vil heller ikke uten videre komme til syne dersom min grunnantakelse hadde blitt gjort til ideal for rettsanvendelse. Men idealet om transparens kan iallfall være en god begynnelse.

Synne Sæther Mæhle ga i sin oppgitte prøveforelesning for dr jurisgraden i 2004, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?», uttrykk for det standpunkt at all rettslig argumentasjon, i domstolene som hos rettsvitenskapene, måtte «være basert på etterprøvbare – det vil si *begrunnbare* og *kritiserbare* – premisser» (2004 s 334 pkt 5). Standpunktet forankret hun i rettsstatens idé og grunn-

prinsipper (s 330 pkt 2). Jeg kan ikke se noen diskrepans mellom min grunnantakelse og hennes tilkjennegivelse. I doktoravhandlingen «Grenser for rettsanvendelsesskjønn : Om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern» (2005) åpnet Sæther Mæhle framstillingen, under en avsnittsoverskrift om «rettsanvendelsesskjønnets nødvendighet» (s 17), med å hevde at en lovtekst ikke kan anvendes i forhold til en rettslig problemstilling uten tolking. Rettsanvenderen må derfor gjøre en rekke vurderinger, både med hensyn til valg av argumentmateriale, hvilke slutninger som kan trekkes fra dette, med hensyn til harmonisering av argumenter som trekker i motsatte retninger og med hensyn til fastsettelsen av regelen i forhold til det aktuelle rettsspørsmålet. Og så fortsatte hun:

«... Sett i dette perspektivet kan det sies at rettsanvendelse krever vurderinger på alle trinn i rettsanvendelsesprosessen. Slike rettskildemessige vurderinger som er ledd i rettsanvendelsesprosessen, kan samlet sett kalles et *rettsanvendelsesskjønn*.^{*} Jeg legger til grunn at enhver rettsanvendelse krever noe annet og mer enn å identifisere ferdigformulerte svar fra en “fasit” blant argumentkildene. Jeg legger videre til grunn at all rettsanvendelse derfor har et visst innslag av rettsanvendelsesskjønn.» (Sæther Mæhle 2005 s 17 første avsnitt.)

Tilsynelatende innebærer ikke Sæther Mæhles argumentasjon her noen modifisering av det jeg oppfatter som en vanlig lesning av Eckhoffs «Rettskildelære». Men framstillingen hennes er en svært presis sammenfatning av Eckhoffs syn på vurderingenes sentrale rolle i alle faser av rettsanvendelsen. Min egen spissformulering i avsnitt 2.3.1(2) om at all rettslig argumentasjon er verdiforankret, synes sammenfallende med det gjengitte synspunktet til Sæther Mæhle. Min grunnantakelse synes i det hele tatt å være godt forenlig med Sæther Mæhles argumentasjon.

2.3.3 Konfrontasjon

- (1) *Verdifrihet, eller iallfall verdinøytralitet, bør fortsatt være rettsvitenskapernes overordnede forskningsideal*
- (1.1) *Et ideal om å utøve verdi- og argumenttransparent forskningsaktivitet er ikke i samsvar med Max Webers ideal om en verdifri forskning*

En innvending mot min grunnantakelse kan være å hevde at et ideal om å utøve verdi- og argumenttransparent forskningsaktivitet ikke går langt nok, sammenliknet med Max Webers ideal om å utøve verdifri forskning. Innvendingen kan konkretiseres dit hen at (i) Webers syn var at verdipremissene og verdidommene ikke kan ha vitenskapelig forankring, og (ii) at Webers syn var at det er både mulig og nødvendig å skille mellom fakta-

beskrivelser og verdiytringer (herunder følelser og politikk) i vitenskapers forskning.

(i) *Om Webers syn om at verdipremissene og verdidommene ikke kan ha vitenskapelig forankring:* Generelt vil jeg hevde at Webers ideal om en verdifri forskning i ikke liten grad er blitt banalisert eller misbrukt til forsvar av empiristiske ekstremversjoner av den positivistiske vitenskapstradisjon som Weber sjøl plasserte seg i, se om dette *Maus og Fürstenberg (red)* 1969, *Fivelsdal* 1971, *Röhl* 1987 (s 77–86), *Wormnæs* 1996 (s 300–304), *Engelstad* 1999 og *Grimen* 2004 (s 375–84). Mitt hovedankepunkt mot Webers verdifrihetsideal, som jeg i utgangspunktet betrakter som et meget prisverdig program for utviklingen av vitenskapelighetskrav og verdibevisthet blant vitenskaper i det 20. århundre, er at idealet var forankret i en oppfatning av muligheten for å skille skarpt mellom erkjennelse og verdivurdering som ikke er holdbar – noe jeg går nærmere inn på under pkt (ii) straks nedenfor.

Når det konkret gjelder denne innvendingen viser jeg først til min argumentasjon i avsnitt 2.3.1(1.2) foran, og gjengivelsen der av en formulering fra *Weber* 1904 (s 180 andre avsnitt) om at verdipremissene ligger i bunnen for all menneskelig utfoldelse, herunder vitenskapelig aktivitet. Denne Weber-uttalelsen om verdiforankringen som kontekstuell ramme også for vitenskapelig utfoldelse kan betraktes som et piloteksempel på et hermeneutisk horisontperspektiv. I den allmenne vitenskapsteorien i Norge i dag står den oppfatningen sterkt at vitenskapernes horisont, forklart som «mengden av de oppfatninger og holdninger som vi har på et gitt tidspunkt, bevisste og ubevisste, og som vi ikke har vår oppmerksomhet rettet mot» (*Føllesdal og Walløe* 2000 s 55 andre avsnitt), kan være avgjørende både for prioriteringen av forskningsgjøremålene, og hvordan disse utføres.

Videre viser jeg til min argumentasjon i avsnitt 2.3.1(1.3) foran, henholdsvis om at alle rettsvitenskaper utsagn om gjeldende rett nødvendigvis er innfiltrert i verdipremisser, og om at rettsvitenskapene er deltakere, ikke bare tilskuere, i forskningsprosessen.

Ytterligere viser jeg til *Poppers* spissformulering om at all kunnskap er teoriimpregnert, dvs hans standpunkt om at vi ikke kan ha forutsetningsløs kunnskap om sansedata (1979 s 71–72). *Grimen* 2004 (s 381–82) har anført at Webers syn på verdipremissenes fundamentale rolle kan hevdes å ha vært – for å parafrasere Popper – at all erkjennelse var «verdiimpregnert». Jeg tror det kan være grunnlag for å hevde at Poppers syn på erkjennelsens teoriforankring understøtter Webers syn på erkjennelsens verdiforankring. Som Vidar Halvorsen har formulert det, med rettsvitenskapen for øye:

«... Rettsteoretikeren står ... ikke fritt til å identifisere rettslige fenomener, ettersom slike fenomener allerede er identifisert gjennom de rettslige aktørenes begreper om dem. ...» (*V. Halvorsen* 1999 s 36 første avsnitt.)

I klartekst betyr dette etter mitt syn at Webers ideal om verdifrihet, presisert her i pkt (i) slik at verdipremissene og verdidommene ikke kan ha vitenskapelig forankring, må forkastes som en uholdbar form for empiristisk reduksjonisme. Istedenfor Webers oppgivelse av bestrebelsene på å tydeliggjøre verdiaspektene ved vitenskapelig aktivitet, bør vitenskapen bestrebe seg på en bedre forståelse av disse aspektene, herunder deres erkjennelsesteoretiske status.

Å avvise Webers syn på verdienes akognitive status betyr *ikke* å oppgi Humes erkjennelsesteoretiske grunnantakelse om at man ikke kan slutte fra det som er, til det som bør være. Humes grunnantakelse rokkes ikke dersom man hevder at fakta og verdier er erkjennelsesteoretisk innfiltret i hverandre på en slik måte at det er uholdbart å fastholde en slik skarp sonndring som Weber – i likhet med forskere både før og etter ham – hevdet. Utfordringen for dagens vitenskapere er derfor snarere å etablere et argumentativt holdbart forsvar for egne verdipreferanser, enn å fornekte at disse er en integrert del av det vitenskapelige feltet.

Sammenfatningsvis vil jeg framholde at det er viktigere å kreditere Weber for hans klare blikk for verdipremissenes og -dommenes fundamentale betydning for etablering av forskerhorisonter, enn å diskutere om Webers 100 år gamle forsøk på å trekke grenselinjen vertikalt mot ikke-vitenskap i form av verdier (herunder følelser og politikk) fortsatt treffer blink.

(ii) *Om innvendingen at Webers syn var at det er både mulig og nødvendig å skille mellom faktabeskrivelser og verdiytringer (herunder følelser og politikk) i vitenskaperes forskning:* Når det gjelder denne innvendingen viser jeg først til den nøkkelformulering fra Weber 1904 som seinere debatt om spørsmålet har kretset rundt:

«Freilich können die Herausgeber weder sich selbst noch ihren Mitarbeitern ein- für allemal verbieten, die Ideale, die sie beseelen, auch in Werturteilen zum Ausdruck zu bringen. Nur erwachsen daraus zwei wichtige Pflichten. Zunächst die: in jedem Augenblick den Lesern und sich selbst scharf zum Bewusstsein zu bringen, welches die Maßstäbe sind, and denen die Wirklichkeit gemessen und aus denen das Werturteil abgeleitet wird, anstatt, wie es nur allzuoft geschieht, durch unpräzises Ineinander-schieben von Werten verschiedenster Art sich um die Konflikte zwischen den Idealen herumzutauschen und "jedem etwas bieten" zu wollen. ... [s 157]

... [D]as zweite fundamentale Gebot wissenschaftlicher Unbefangenheit ist es deshalb: in solchen Fällen den Lesern (und – sagen wir wiederum – vor allem sich selbst!) jederzeit deutlich zu machen, dass und wo der denkende Forscher aufhört und der wollende Mensch anfängt zu sprechen, wo die Argumente sich an den Verstand und wo sie sich an das Gefühl wenden. Die stete Vermischung wissenschaftlicher Erörterung der Tatsachen und wertender Raisonnements ist eine der zwar noch immer verbreitetsten, aber auch schädlichsten Eigenarten von Arbeiten unseres Faches. ...» (Weber 1904 s 156–57. Webers sperringer strøket).¹³³

¹³³ På norsk, i Dag Østerbergs oversettelse i Weber 1971 (s 168–69; oversetterens kursiveringer strøket): «Sant nok kan utgiverne hverken forby seg selv eller deres medarbeidere en gang for alle å fel-

Webers *første krav* til vitenskapere, å synliggjøre (verdi)målestokken som virkeligheten måles med, innebærer et transparenskrav som fullt ut er dekket opp i min grunnantakelse. Webers bemerkning i denne forbindelse om at det ikke er noe holdbart alternativ til fordringen om synliggjøring av målestokken å begi seg ut på en verdimessig middelveisfart som alle lesere kan bli litt fornøyd med, er det fortsatt verdt å holde varm. Webers *andre krav* til vitenskapere, å synliggjøre grensesnittet mellom forstand og følelser – og mellom vitenskapelig drøftelse og vurderende resonnementer – i egen forskning, er jeg også i utgangspunktet enig i. Imidlertid er jeg ikke enig med Weber i hans oppfatning om at det er mulig å trekke et klart skille mellom faktabeskrivelser og verdivurderinger. En ting er at Webers grensetrekking her ville innebære at rettsvitenskapertolkninger av skrevne eller uskrevne rettsregler, slik rettsvitenskapere flest i Norge ytrer seg om slike spørsmål, ville havne i gruppa av «wertender Raisonnements» («vurderende resonnement»), noe som ville innebære et sammenbrudd for rettsvitenskapen som vitenskap.¹³⁴ Men Webers ideal kan ikke avfeies av denne grunn. Den avgjørende innvendingen mot Webers syn er at det ikke holder erkjennelsesteoretisk, se min argumentasjon i avsnitt 2.3.1(2) ovenfor.

Mot innvending (ii) om det ifølge Weber var både mulig og nødvendig å skille mellom faktabeskrivelser og verdiytringer (herunder følelser og politikk) i vitenskaperes forskning, vil jeg sammenfatningsvis hevde at Webers ideal må forkastes som ugjennomførbart, fordi det hviler på uholdbare erkjennelsesteoretiske premisser.

(1.2) *Ross' domstolspraksisbeskrivende vitenskapsideal, herunder hans syn på forholdet mellom vitenskap og politikk, har tålt tidens tann godt*

En innvending mot min grunnantakelse kunne være å fastholde at Ross' domstolspraksisbeskrivende vitenskapsideal, herunder hans syn på forholdet mellom vitenskap og politikk, har tålt tidens tann godt. Denne innvendingen har jeg allerede drøftet i avsnitt 2.2.3(6.1) foran, under synsvinkelen

le verdidommer, for også på denne måte [å] gi uttrykk for de idealer som besjeler dem. Det må bare stilles [s 169] to viktige krav til den som gjør det: For det første plikter han hele tiden å holde leseren og seg selv i årvåken tilstand om hvilken målestokk virkeligheten måles med og verdidommen blir avledet av – i stedet for å gjøre slik det altfor ofte skjer: Å ville unngå konflikten mellom idealene ved en løselig stokking av de forskjellige verdier, og ved å ville "ha noe å tilby til enhver". ... [D]en vitenskapelige upartiskhets andre grunnleggende bud er derfor dette: I slike tilfeller til enhver tid gjøre det tydelig for leserne (og – la oss gjenta det – fremfor alt for seg selv!) at og hvor det ikke lenger er en forsker som bruker sin forstand, men et menneske med et viljesliv som begynner å tale, hvor argumentene vender seg til forstanden, og hvor de vender seg til følelsene. Den stadige sammenblanding av vitenskapelig drøftelse med vurderende resonnement er ikke bare fremdeles en av de vanligste, men også en av de skadeligste særegenheter ved arbeidet innen vårt fag. ...»

¹³⁴ Ross' program for vitenskapeliggjøring av rettsvitenskaperytringer om gjeldende rett, kjent som prognoseteorien, ville derimot styrt klar av Webers kritikk, se avsnitt 2.3.3(1.2) rett nedenfor.

«Rettspolitikk som rettsvitenskapelig deldisiplin». Her vil jeg drøfte Ross' verdifrihetsideal, slik han finstemte dette i «Om ret og retfærdighed» (1953), i lys av de to sentrale filosofiske begrunnelsene for det domstolspraksisbeskrivende vitenskapsidealet som han ga i denne boka. Den første begrunnelsen var ontologisk: Ross' avvisning av ethvert begrep om gjeldende rett som omfattet annet enn den praktiserte rett ved domstolene, og den prognoseteorien han oppstilte som redskap for rettsvitenskapernes utforskning av den praktiserte retten (pkt (i) nedenfor). Den andre begrunnelsen var moralfilosofisk: Ross' Hägerström-inspirerte emotivisme (pkt (ii) nedenfor). I forlengelsen av disse to punktene griper jeg fatt i to av Ross' formuleringer som framtrer som paradoksale i forhold til hans ontologiske og moralfilosofiske plattform, og problematiserer disse formuleringene i forhold til Ross' begrunnelse av sin deskriptive posisjon (pkt (iii) nedenfor).

(i) *Vurdering av den ontologiske plattformen for Ross' domstolspraksisbeskrivende vitenskapsideal:* Den ontologiske basisen for Ross' domstolspraksisbeskrivende vitenskapsideal for rettsvitenskapen var sterkt influert ikke bare av hans tilslutning til Wiener-kretsens logiske empirisme, men også av viktige impulser fra nordamerikansk rettsrealisme, herunder slik bl.a. hans svenske forbilder, ikke minst Carl Olivecrona, hadde plukket dem opp.¹³⁵ Ross' teori om gjeldende rett-begrepet, slik den er utviklet i *Ross 1953* (kapittel II), var et uttalt forsøk på å etablere rettsvitenskapen som «erfaringsvidenskab», dvs en disiplin som var «antimetafysisk» og avviste «tanken om en "gyldighed" af apriorisk natur» for retten (s 3 andre avsnitt). Rettigheter og andre rettsbegreper var etter Ross' ontologi «uden nogensomhelst semantisk referens» (s 208 andre avsnitt); slike betegnelser var mao det ettertida har sammenfattet som «tomme», og tjente alene som «fremstillingsteknisk hjelpemiddel» (samme sted). Rettsdogmatikkens vitenskapelighet ville han derfor berge gjennom å oppstille en uttalt empirisk korrespondanseteori om sannhet, kjent som prognoseteorien.¹³⁶ Det rettsvitenskapere kunne beskjeftige seg *vitenskapelig* med, var å spå om framtidige domsresultater – og intet annet. Sannhetstesten var å sammenlikne prognosen med domsresultatet (s 51 flg).

Rettsvitenskap var for *Ross 1953* en «socialvidenskab» (s 82 andre avsnitt) om «retsanvendelsen ved domstolene», fordi det var «her den effektivitet må søges der definerer rettens gælden» (s 47 nestsiste avsnitt). Gjeldende rett som empirisk faktum måtte baseres på «hypoteser om dommerens sjæleliv ... d. v. s. ... forståelse og forudsigelse av dommerens

¹³⁵ Olivecrona 1940 (s 47 flg) gir flere gode indikasjoner på familielikheten mellom rettsrealismeteorierne på hver sin side av Atlanterhavet. F.eks. Jerome Frank-sitatet på s 48 note 1, om at «law consists of decisions, not of rules»; og Benjamin Cardozo-sitatet samme sted, om at «[l]aw never is, but is always about to be».

¹³⁶ Likeledes Aarnio 1977 (s 243 nestsiste avsnitt) om det vitenskapsteoretiske formålet med Ross' prognoseteori – et formål som det er lett å overse når man vurderer denne teorien.

handlemåde ... gjennom hypotesen om en vis ideologi der besjæler dommeren og motiverer hans handlinger» (s 50 andre avsnitt). Prognoseteoriens kjerne er at rettsvitenskapernes forutsigelser alltid gjelder forutsigelser om *framtidige* avgjørelsers innhold, som «aldrig kan gjøre krav på absolut sikkerhet, men kun kan hevdes med større eller mindre sandsynlighet, alt efter styrken af de holdepunkter fremtidskalkulationerne hviler på» (s 58 andre avsnitt. Ross' kursivering strøket). Sammenfatningsvis karakteriserte Ross sin prognoseteori som en syntese av ideologiske og behavioristiske (dvs atferdsforankrede) synsmåter:

«Synsmåden er behavioristisk, for så vidt som den retter sig mod at finde sammenheng og forudsigelighet i dommerens ydre iagttagelige verbale behavior. Den er ideologisk, for så vidt den sammenheng der er tale om er en menings- og motivationssammenheng, der kun er mulig under den hypotese, at dommeren i sit sjæleliv beherskes og motiveres af en normativ ideologi af et vist indhold.» (Ross 1953 s 89 siste avsnitt.)

I overensstemmelse med dette synet på gjeldende rett formulerte Ross det grunnsyn på rettskildene¹³⁷ at «[r]etskildeideologien er den ideologi der faktisk besjæler domstolene, og retskildelæren en lære om, hvorledes de faktisk handler» (s 91 tredje avsnitt. Ross' kursivering strøket). Den mest kjente formuleringen i «Om ret og retfærdighed» av Ross' deskriptive ideal for retskildelæren lød slik:

«... Ethvert forsøg på en retskildelære der er normativ i den forstand, at den opstiller direktiver for hvorledes domstolene burde forholde sig i stedet for at konstatere og beskrive de direktiver der faktisk følges af domstolene, er en meningsløshed, for så vidt den udgives for gældende ret og ikke blot et projekt for en anden og bedre retstilstand. Retskildelæren er som al anden lære om gældende ret *norm-deskriptiv*, ikke *norm-expressiv*, en lære om normer, ikke i normer.» (Ross 1953 s 91 tredje avsnitt.)¹³⁸

Den her siterte formuleringen hadde først og fremst front mot den rettsontologien som Frederik Vinding Kruse sto for, og som innebar at rettsvitenskapernes oppgave var å erkjenne den sanne rett¹³⁹, og gi uttrykk for denne i systematisk form (formulere seg normekspressivt), og i arven etter

¹³⁷ Ross' rettskildebegrep tilsvarte i all hovedsak det som Eckhoff valgte å betegne som rettskildefaktorer.

¹³⁸ Ross' begrep om retskildelæren var smalere enn det norske jurister er fortrolig med fra Augdahls og Eckhoffs lærebøker: Reglene/prinsippene for rettsanvendelse behandlet Ross under navnet *juridisk metode* (fortolkning), se Ross 1953 (kapittel IV). Ross oppstilte det samme deskriptive idealet for denne delen av metodefaget, se 1953 (s 130 andre avsnitt).

¹³⁹ Vinding Kruses erkjennelsesteoretiske realisme er vanskelig å gjenfinne i klart uttrykt form, men følgende utsagn i «Retslæren» bind I, under overskriften «Retsvidenskab i sammenligning med andre anvendte videnskaber ...», er ganske talende: «Den positive Retsvidenskab giver en systematisk Fremstilling af de Opførselsmaader og Fremgangsmaader, der er fastsat i Lovene, Domspraksis og i den videnskabelige Undersøgelse af Sagens Natur eller den naturlige Ret og som derfor skal følges af Samfundets Medlemmer. ...» (Vinding Kruse 1943 s 86.)

Ørsted gi dommeren gode råd om hvordan han burde dømme (*Evald* 2005 s 305 første avsnitt).¹⁴⁰ Men Ross dro her også veksler på en formulering fra Uppsala-skolens moralfilosofiske pioner Axel Hägerström. Hägerström var en klar talsperson for moralfilosofisk emotivisme på begynnelsen av 1900-tallet, og hadde bl.a. spissformulert det syn at om *moralfilosofien* vil forsvare sin stilling som *vitenskap*, kan den ikke være «en lære i moral, utan blott en lære om moralen» (*Hägerström* 1911 s 65 siste avsnitt).¹⁴¹ Ross-utsagnet kan mao leses som en indirekte støtte også til Hägerströms emotivistiske posisjon.

Etter min mening koker prognoseteorien ned til en overraskende beskjeden korrespondanseteori om sannhet. Ross var nemlig sjøl nokså åpen for at «gjeldende rett» bare 'gjelder' som nærmest et øyeblikksbilde av en kontinuerlig rettsavgjørelsesproduserende virkelighet. *Stuer Lauridsen* 1974 (s 141–82) plukket prognoseteorien fra hverandre, bl.a. ved å påpeke den uendelige regress-svakheten som hefter ved korrespondanseteorier om sannhet.¹⁴² I vår tid er det en nokså utbredt oppfatning at enhver sannhetsteori grunnstøter pga det såkalte «Münchhausen-trilemmaet».¹⁴³

Dette betyr ikke at prognoseteorier, forstått som et særtilfelle av korrespondanseteorier om sannhet, ellers står lavt i kurs i erkjennelsesteorien. Se for en kortere oversikt *Horwich* 1992. I sammenhenger hvor argumentativ holdbarhet er i fokus, har riktignok *Habermas* 1973 kommet med vektige innvendinger mot berettigelsen av å avgjøre holdbarheten med utgangspunkt i en korrespondanseteori. Men f.eks. i språkfilosofien har korrespondanseteorier om sannhet ikke mistet tiltrekningskraften, se som eksempel *Searle* 1995 (kapittel 9).

Ross' rettsontologi, som *Doublet* 1995 treffende betegnet som «funksjonell», framstår etter min mening som et trist minne over en misforstått empiristisk reduksjonisme. Rettsontologien koker ned til den grunnantakelse at 'rett' er 'domstolenes praktiserte rett' – og at konsekvensen av denne antakelsen er at bare en *beskrivelse* av denne rettsproduksjonen er en oppskrift på en sann erkjennelse av 'gjeldende rett'. I norsk rettsvitenskap slukte vel knapt noen rettsontologien til *Ross* 1953 – verken medhårs eller mothårs, trass i at Ross' syn på rettsbegrepene som funksjonelle begreper på et praktisk nivå både fikk brei støtte og fortsatt synes å ha det. Riktignok står den ensidige domstolsorienteringen i Eckhoffs «Rettskildelære» i klar ideologisk gjeld til Ross' rettsteori, men Ross' grunnantakelse om at rett skapes av domstolene, og bare der, må likevel ha blitt oppfattet som for urealistisk til å bli regnet som noe mer enn et heroisk forsøk på å omforme rettsvitenskapen til anvendt samfunnsvitenskap. Det er vel symptomatisk at Jan

¹⁴⁰ Se kortfattet om Vinding Kruses rettsteori i *Dalberg-Larsen* 2006 (s 42–46), og – monografisk – *Evald* 2005.

¹⁴¹ Jeg har funnet denne frapperende likheten mellom Hägerströms og Ross' formuleringer takket være *Peterson* 2003–2004 (s 581 første avsnitt).

¹⁴² Jeg har nevnt dette i avsnitt 2.2.1(1) foran, i forbindelse med behandlingen av oppfatninger om ontologisk sannhet i vitenskapsteorien.

¹⁴³ Münchhausen-trilemmaet har jeg forklart i kapittel 1 avsnitt 1.3.1 foran.

Hellner i festskriftet til Ross' 70-årsdag (1969) skisserte et radikalt breiere forskningsprogram for rettsvitenskapen enn det jubilaranten sjøl hadde stått for i «Om ret og retfærdighed». Som plattform for å fastholde et deskriptivt forskningsideal kan Ross' rettsontologi uansett ikke opprettholdes, jf argumentasjonen i avsnitt 2.3.1 foran.

*

Ross nøyde seg ikke med å argumentere for prognoseteorien i «Om ret og retfærdighed». Han oppstilte også forsvarsargumenter for teorien mot den kritikk han påregnet fra tilhengere av et tradisjonelt gjeldende rett-begrep – og det er interessant at fokuset i disse forsvarsargumentene var prejudikativkningen av høyesterettsavgjørelser. Sjøl om disse argumentene etter min mening klart faller utenfor Ross' ontologiske tema i dette kapitlet i boka, vil jeg i fortsettelsen også gripe fatt i denne argumentasjonen.

Mot den innvending at hans prognoseteori gjorde teorien til en «slave af praksis» og «udelukker muligheden for at kritisere en retsafgørelse som uriktig» (s 64 andre avsnitt), forsvarte Ross seg med å hevde at det

«... efter de ideer der her er udviklet ikke [er] spor i vejen for at stemple en dom som uriktig. En dom er herefter uriktig. d. v. s. i strid med gældende ret, når det – alt taget i betragtning, også dommen selv og den kritik den måtte fremkalde – må antages som overvejende sandsynligt, at domstolene i fremtiden ikke vil følge den foreliggende afgørelse. Denne dom over dommen kan ofte af kyndige jurister afsiges med stor sikkerhed.» (Ross 1953 s 64 tredje avsnitt.)

Den sist gjengitte Ross-formuleringen synes innholdsmessig overraskende konform med synspunktene til de rettsvitenskapene i samtida som Ross ønsket å distansere seg fra. Ikke bare er det frapperende likhet mellom denne formuleringen og Augdahls formulering av idealet for rettsvitenskaperytringer om gjeldende rett, slik han ordla seg nokså uendret i de tre utgavene av «Rettskilder» (1949 s 22 første avsnitt; 1961 s 19 andre avsnitt; 1973 s 27 andre avsnitt), jf min gjengivelse i avsnitt 2.3.2(3) foran. Heller ikke Ross' rettsvitenskapelige motpol på den hjemlige arena, Frederik Vinding Kruse, kan ha fått kaffen i vrangstrupen etter å ha lest dette. For Ross' utsagn kunne knapt hevdes å innebære at rettsvitenskapere ikke skulle kunne fortsette å uttale seg med stor suffisanse om gjeldende rett, f.eks. under påberopelse av at det i «sidste instans [er] den videnskabelige Undersøgelse af den rette Løsning efter Sagens Natur, der bliver den bestemmende Faktor», slik Vinding Kruse sjøl hadde formulert seg i den to bind tykke «Retslæren» ti år tidligere (1943 s 159 andre avsnitt).¹⁴⁴

Ross' «fekteøvelser» om prejudikatspørsmålet munnet ut i hans velkjente spissformulering om at «[o]verfor en fast domstolspraksis må teorien kapitulere, lige så vel som overfor en ny lov» (Ross 1953 s 64 siste avsnitt).

¹⁴⁴ Jeg har funnet denne Vinding Kruse-formuleringen hos Evald 2005 (s 306 andre avsnitt).

Liknende synspunkter om prejudikatspørsmålet ble inkorporert i Eckhoffs «Rettskildelære», men da helt uten referanse til Ross' prognoseteori.

Noen betydning for vurderingen av den ontologiske plattformen for Ross' domstolspraksisbeskrivende vitenskapsideal kan hans syn på prejudikatspørsmålet klart nok ikke hevdes å ha. Jeg kan heller ikke se at hans argumenter har noen som helst betydning for holdbarheten av hans prognoseteori.

(ii) *Vurdering av den moralfilosofiske plattformen for Ross' domstolspraksisbeskrivende vitenskapsideal – herunder vurdering av to av hans eksempler:* I dette avsnittet vil jeg supplere min drøftelse i avsnitt 2.2.3(6.1) foran med en vurdering av de to eksemplene som Ross ga for å formulere grensen for vitenskapsetisk forsvarlig forskning:

«... Den vitenskapelige atomtekniker bekrefter ikke verdien af at fremstille atombomber, sålidt som den der studerer lægevidenskab, bekrefter verdien af at bevare og redde menneskeliv. Hans videnskab er rent objektiv og hypotetisk ...» (Ross 1953 s 410 første avsnitt.)

Argumentasjonen hadde ikke rettsvitenskapere som direkte adressater, men Ross mente øyensynlig at den hadde overføringsverdi i forhold til fastsettingen av rettsvitenskapens demarkasjonslinje mot politikk (og moral). Som synspunkt om forholdet mellom vitenskap og politikk, og iallfall som synspunkt om forholdet mellom profesjonsutøvelse og etikk, hadde tida etter min mening løpt fra denne posisjoneringen allerede da Ross formulerte den:

(a) Deltakelse uten frivillig samtykke i etisk uakseptabel medisinsk forskning som medfører den visse død for pasienten, ble ansett som en krigsforbrytelse av Nürnberg-domstolen allerede i 1947.¹⁴⁵ Seinere er medisinsk forskning blitt underlagt et omfattende internasjonalt og nasjonalt etikkregime av blandet soft law-karakter og forpliktende art, som her i Norge foreløpig kulminerte med vedtakelsen av Pasientrettighetsloven 2.7.1999 nr 63. Aktuelle problemstillinger er behandlet bl.a. av *Kjønstad* 1992, *Sinding Aasen* 2000 (særlig s 83–105 og s 279–336), *Ruyter, Førde og Solbakk* 2000, *Ruyter* (red) 2003, *Syse* 2004 (s 27–87) og *M. Halvorsen* 2006.

(b) Den moralske siden ved deltagelse i atomforskning har unektelig vært mer omdiskutert enn grensetrekkingen mot moralsk forkastelig medisinsk forskning. Noe av forklaringen er at det «gode» formålet med amerikanernes utvikling av atomvåpen var å knekke aksemaktene under andre verdenskrig. Seinere bidro bruken av atomvåpnene til avskrekking under den kalde krigen til fortsatt moralsk «fredning» i breie kretser. I vår tid må likevel forskning på, besittelse av og bruk av atomvåpen anses som klart

¹⁴⁵ I saken *The United States v. Karl Brandt*, også kjent som *The Medical Case*, se nærmere referanse hos *Sinding Aasen* 2000 (s 99 note 24).

etisk forkastelig, og dertil trolig folkerettsstridig, se ICJs rådgivende uttalelse 8.7.1996 om «Legality of the Threat or use of Nuclear Weapons».¹⁴⁶

Synspunktene til Ross 1953 var åpent influert av Max Webers og Gunnar Myrdals forskningsetisk og vitenskapsteoretisk forankrede forsøk på å beskytte «vitenskapens reinhet» i de framvoksende samfunnsvitenskapene, henholdsvis sosiologi og sosialøkonomi (samfunnsøkonomi). Om Ross' framstilling av Webers syn var treffende, er nok ganske diskutabelt – jf presentasjonen av Webers syn i avsnitt (1) foran og Ross' framstilling av Myrdals syn, slik Myrdal la det fram i «Vitenskap og politik i nationalekonomien» (1929), har iallfall i ettertid blitt innhentet av virkeligheten: I forordet til opptrykket av denne Myrdal-boka som utkom i 1972 skreiv nemlig Myrdal bl.a. følgende:

«I ...1929 ... trodde jeg ännu att det fanns en värdefri nationalekonomi, och det lyser fram överallt i boken. Nu vet jag efter fortsatta studier på många områden att denna uppfattning är felaktig och att värdepremisser är nödvändiga redan för att vetenskapligt iakta verkligheten, fastställa fakta och orsakssambanden mellan fakta. ...» (Myrdal 1972 s 13 tredje avsnitt.)

(iii) *To paradoksale Ross-formuleringer som undergraver hans domstolspraksisbeskrivende vitenskapsideal:* To formuleringer i Ross 1953, henholdsvis (a) om at rettsvitenskapernes utsagn om gjeldende rett fungerer som en sjøløppfylende profeti, og (b) om at rettsvitenskap prinsipielt ikke lar seg skille fra rettspolitikk, framstår som paradoksale i forhold til hans prosjekt om å etablere et ontologisk og moralfilosofisk grunnlag for et deskriptivt forskningsideal for rettsvitenskapen.

(a) Ross uttalte i tilknytning til spørsmålet om verifikasjon av rettsvitenskapelige setninger, altså hans prognoseteori, at

«... enhver forudsigelse af en tendens er tillige en faktor der er egnet til enten at fremme eller modvirke denne tendens, altså en politisk faktor; hvilket igen vil sige, at det i socialvidenskaberne er principielt umuligt at gøre en skarp sondring mellem teori og politisk indgreb.» (Ross 1953 s 61 siste avsnitt.)

Ross var mao klar over deltaker og tilskuer-problematikken, jf avsnitt 2.3.1(1.3) foran. Lesere som kjenner Robert K. Merton vil for øvrig i denne formuleringen nikke gjenkjennende, og tenke på dennes teori om sjøløppfylende profetier, framsatt i «Social Theory and Social Structure» (2. utg 1951). I den engelske utgaven av Ross 1953, «On Law and Justice» (1958

¹⁴⁶ Denne uttalelsens innhold og konsekvenser er riktignok fortsatt omstridt blant folkerettsjurister internasjonalt som nasjonalt. Se særlig konklusjonen avsnitt 105 (2)(E) (dissens 7–7; justitiarius' dobbeltstemme gjorde utslaget). En bred og kritisk drøftelse av ICJ-uttalelsen foreligger i *de Chazournes og Sands* (red) 1999. Atomvåpnenes folkerettslige status er i Norge kort behandlet av *Eskeland* 2006 (s 176–77) og *Ruud og Ulfstein* 2006 (s 262–64). Basalt er problemet med tolkingen av ICJ-uttalelsen etter min mening at FN-pakten har gitt Sikkerhetsrådets faste medlemmer hånd- og halsretten over atomvåpnenes folkerettslige status – og da er det vanskelig å se for seg at noen av disse skal gå foran og erklære dem for folkerettsstridige.

s 47 note 5), opplyste Ross at han var blitt kjent med Mertons teori, men først i ettertid.

(b) Og videre uttalte Ross, enda mer oppsiktsvekkende, at

«... retsvidenskabelige påstande om gældende ret er efter deres realindhold forudsigelser om fremtidige sociale hændelser. Sådanne er principielt indeterminerede og lader sig ikke entydigt forudsige. Enhver forudsigelse er tillige en realfaktor der kan påvirke forløbet og for så vidt en politisk akt. Retsvidenskab lader sig derfor principielt ikke adskille fra retspolitik.» (Ross 1953 s 63 nestsiste avsnitt.)

Det som måtte være «kruttet» i begge disse formuleringene synes aldri å ha detonert i nordisk rettsvitenskap – trolig først og fremst fordi synspunktene vanskelig lar seg innpasse i hovedlinjene ellers i Ross' tenkning, men også fordi Ross sjøl ikke forsøkte å gi en plausibel erkjennelsesteoretisk begrunnelse av dem.

(1.3) *Eckhoffs domstolspraksisbeskrivende ideal for jussens metodefag er ikke uforenlig med mitt ideal om å utøve verdi- og argumenttransparent forskningsaktivitet*

En innvending mot min grunnantakelse om det overordnede forskningsidealet for rettsvitenskapere kunne være å hevde at det var et hovedanliggende for Eckhoff i alle utgavene av hans «Rettskildelære» å bevisstgjøre vordende jurister nettopp på sontringen mellom kunnskapsspørsmål og vurderingss spørsmål i alle faser av rettsanvendelsen. At Eckhoff samtidig holdt fram domstolenes rettsanvendelse som den ideale, kan følgelig hevdes å være forenlig med mitt ideal om å utøve verdi- og argumenttransparent forskningsaktivitet.

Det var i førsteutgaven av «Rettskildelære» (1971b) at Eckhoff formulerte det domstolspraksisbeskrivende siktemålet for sin framstilling av den juridiske argumentasjonsteorien gjennom følgende ord, som han fastholdt uendret i de to seinere utgavene av denne boka:

«... Hovedformålet med framstillingen er ... å gi et bilde av rettskildelæren slik den fungerer i praksis – og da først og fremst i domstolenes praksis. ...» (Eckhoff 1971b s 18 nestsiste avsnitt.¹⁴⁷)

At Eckhoffs siktemål i ettertid med rette er blitt betegnet som *beskrivende*, har ikke minst støtte i Eckhoffs eget forbehold samme sted om at framstillingen «for øvrig ikke [er] rent beskrivende» (1971b siste avsnitt). Dette utdypet Eckhoff slik:

«... Enkelte steder finnes også vurderinger av hvilken vekt forskjellige rettskildedefaktorer etter mitt skjønn bør tillegges ... Stort sett har jeg forsøkt å gjøre klart hva som er

¹⁴⁷ Likedan i Eckhoff 1987a (s 16 siste avsnitt flg); og Eckhoff 1993 (s 16 siste avsnitt); uendret i Eckhoff og Helgesen 2001 (s 22 første avsnitt).

vurdering og hva som er beskrivelse, men det kan vel være at jeg ikke har lyktes helt i det.» (Eckhoff 1971b s 18 siste avsnitt.)¹⁴⁸

Slik jeg ser det, er det først og fremst den empirisk orienterte rettsrealisten Eckhoff som posisjonerte seg gjennom en slik tilnærming til det juridiske metodefaget. Eckhoff hadde tidlig på 1950-tallet, i likhet med sin generasjon av yngre vitenskapere, høstet avgjørende impulser fra nordamerikansk samfunnsvitenskap, på en tid da empirisk forankrede, kvantitative beskrivelser ble regnet som den eneste vitenskapelige forskningsmetode, og kvalitative forskningsmetoder knapt var blitt begrepsfestet.¹⁴⁹ Ut fra Eckhoffs rettsrealistiske grunnposisjon, og framfor alt hans grunnleggende affinitet til Ross' versjon av rettsrealismen – se til illustrasjon Eckhoffs egen hyllest i artikkelen «Ross om rettskilder og rett» (1987b) – hadde han følgelig et dobbelt grunnlag for å løfte fram domstolspraksis som retningsgivende for riktig rettsanvendelse.

Eckhoff framstår tilsynelatende som nokså samstemt med Ross når det gjelder forsvaret av verdifrihet, ikke bare i metodefaget, men også ellers i rettssteoretisk forstand. Ikke minst kommer dette synet klart fram i Eckhoffs forsvaret for det begrepelige skillet mellom rett og moral, den såkalte separasjonstesen, som jeg kommer tilbake til i kapittel 3 avsnitt 3.1.1(2) nedenfor.

Men Eckhoff var klarere enn Ross i å vektlegge vurderingsspørsmålenes store betydning på alle stadier av rettsanvendelsesprosessen, noe som kom særlig klart fram i de tre utgavene av «Rettskildelære» (1971b s 308–32; 1987a s 302–32; 1993 s 298–328). I denne forbindelse står følgende utsagn i førsteutgaven av «Rettskildelære», under overskriften «Noen karakteristiske trekk ved «de lege lata»-vurderinger», fortsatt som en kritisk juridisk «perle»:

«... Det kan ... sies å være et karakteristisk trekk ved de vurderinger¹⁵⁰ som inngår i rettsanvendelsen, at de ofte er *fordekt*.» (Eckhoff 1971b s 317 nestsiste avsnitt.)¹⁵¹

I artikkelen «Juss og samfunnsforskning», opprinnelig publisert i 1972, framhevet Eckhoff at vurderingsspørsmålene utgjorde en vesentlig del av juridisk virksomhet, og nevnte uttrykkelig at slike spørsmål også var aktuelle «når det er tvist eller tvil om hvordan fakta forholder seg» (1989c s 78 tredje avsnitt). Ikke bare ved rettsanvendelsen, men også ved bevisbedømmelsen, var mao vurderinger etter hans syn involvert.

I andreutgaven av «Rettsystemer» (1991)¹⁵², bortgjemt i et petitavsnitt, foretok Eckhoff dessuten en viktig nyansering av sitt domstolspraksis-

¹⁴⁸ Likedan i Eckhoff 1987a (s 17 andre avsnitt); og Eckhoff 1993 (s 17 andre avsnitt); uendret i Eckhoff og Helgesen 2001 (s 22 andre avsnitt).

¹⁴⁹ Se nærmere herom i Eckhoffs «Rett og rettsvesen i USA» (1953), skrevet etter et lengre forskningsopphold i Statene.

¹⁵⁰ Termen «vurderinger» var av Eckhoff i denne forbindelse blitt definert som «standpunkter til verdispørsmål» (1971b s 308 tredje avsnitt).

¹⁵¹ Dette utsagnet var ikke med i seinere utgaver av «Rettskildelære» – desto større grunn er det til å løfte det fram igjen!

beskrivende ideal for metodefaget, om ikke ut fra en endret oppfatning av idealet, så iallfall ut fra en endret oppfatning av idealets gjennomførbarhet:

«Vår egen oppfatning er at man bør forsøke å holde de deskriptive utsagn ut fra de normative og de vurderende i den utstrekning det er mulig og ikke virker for anstrengt. Men det er ikke alltid mulig, for det finnes mange ord som etter vanlig språkbruk refererer til en *blanding av deskriptive og normative meningselementer* (f.eks. ordet “sykdom”).» (Eckhoff og Sundby 1991 s 64 siste petitavsnitt. Min kursivering.)¹⁵³

I avsnitt 2.2.3(6.1) foran behandlet jeg Eckhoffs syn på vurderingenes kognitive status som ledd i drøftelsen av spørsmålet om hans syn på rettspolitikken som en rettsvitenskapelig deldisiplin. I den forbindelsen tok jeg opp spørsmålet om Eckhoff delte Ross’ syn om at vurderingsutsagn ikke har kognitiv mening, noe som for Ross betød at de måtte klassifiseres på linje med alminnelige følelsesutbrudd. En viss tvetydighet, eller iallfall en manglende eksplisering, om eget syn på vurderingenes *legitime* rolle i rettsanvendelsen generelt kan nok spores i Eckhoffs «Rettskildelære». Men hvis man sammenholder dette fraværet av klar tale med hans overmåte sterke understreking av vurderingenes rolle som legitimt *reelt hensyn* ved avveiningen av argumentsituasjonen i konkrete saker, kan det ikke herske tvil om at Eckhoff hadde et positivt grunnsyn på vurderingene som et typisk og nødvendig element i rettslige beslutningsprosesser.¹⁵⁴

Sammenfatningsvis vil jeg hevde at det er en overraskende avstand mellom Ross’ bitende hån mot all rettferdsargumentasjon i «Om ret og retfærdighed» og Eckhoffs varme omfavning av slik argumentasjon – under merkelappen reelle hensyn – i «Rettskildelære».

Innvendingen om at Eckhoffs domstolspraksisbeskrivende ideal for jusens metodefag er forenlig med min grunnantakelse må etter dette kunne besvares med et «ja, delvis». Men jeg vil poengtere at min grunnantakelse tydeligere enn Eckhoffs formuleringer setter fokus på det som må være nøkkeltermen ved formuleringen av et overordnet forskningsideal om forholdet mellom vitenskap og verdier – nemlig verdi- og argumenttransparensen. Og uansett er det grunn til å understreke at Eckhoffs fastholdelse av et domstolspraksisbeskrivende ideal for metodefaget ikke bør få overskygge den varige betydningen av hans program for demaskering av vurderingenes betydelige plass i alle faser av rettsanvendelsen.¹⁵⁵

¹⁵² Bokas førsteutgave (1976) var skrevet sammen med Nils Kristian Sundby, som døde i 1978.

¹⁵³ Den sammenblanding av normforeskrivende og normbeskrivende elementer i sentrale betegnelser i juristenes språk som Eckhoff påpekte her, ble inngående behandlet av Eng 1998 (s 310–50).

¹⁵⁴ Jeg går nærmere inn på de reelle hensyns rolle som argumenttype under rettsanvendelsen i kapittel 3 avsnitt 3.2.2(2) nedenfor, i tilknytning til drøftelsen av min første moralfilosofiske grunnantakelse.

¹⁵⁵ Tilsvarende hos Boe 1996 (s 134 nest siste avsnitt: «... Framfor noen har Eckhoff æren for å vise hvor viktige vurderingene er for å tolke og anvende lov og rett. ...»)

(1.4) *En verdinøytral rettsvitenskap er en plattform mot ødeleggende rettspolitisk strid, og en plattform for moralfilosofisk pluralisme*

En innvending mot min grunnantakelse kunne være å hevde at bare verdinøytral rettsvitenskap er en plattform for moralfilosofisk pluralisme, og at mitt ideal om å utøve verdi- og argumenttransparent forskningsaktivitet vil omgjøre rettsvitenskapen til en arena for ødeleggende rettspolitisk strid. Jeg vil drøfte denne innsigelsen dels i lys av Webers skrifter (pkt (i) nedenfor), dels i lys av et praktisk rettspolitisk argument hentet fra *Doublet* og *Bernt* 1993 (pkt (ii) nedenfor).

(i) I Webers vitenskapsteoretiske skrifter kan man tilsynelatende hente støtte for slik argumentasjon. At *Weber* 1904 tydelig ga til kjenne at vitenskapere ikke bør blande vitenskaperrollen med politikerrollen, har jeg påpekt i avsnitt 2.3.1(1.1) og 2.3.3(1.1)–(1.2) foran. I dette arbeidet felte imidlertid Weber en nådeløs dom over ethvert forsøk på å løse problemet med forskningens verdibundethet gjennom å velge en synkretistisk middelvei mellom politiske ekstremposisjoner. Et slikt valg har intet med vitenskapelig objektivitet å gjøre, hevdet han (1904 s 154 andre avsnitt; 1971 s 167 andre avsnitt). I det samme arbeidet understreket Weber også forskningens generelle verdiforankring, se sitatet i avsnitt 2.3.1(1.2) foran. Hos *Weber* 1919 (*Weber* 1999) ble *sjølbessinnelse* (tysk: *Selbstbesinnung*) skjøvet i forgrunnen som det fremste forskningsidealet, sidestilt med erkjennelse av faktiske sammenhenger. I dette arbeidet tok Weber klar avstand fra den aktivt politisk propagerende vitenskaper, og kontrasterte lærerrollen med profet- eller førerrollen (1919 s 600–607; 1999 s 160–65). Weber poengterte også at rein erfaring som regel kunne berede grunnen for mange sannheter, og dermed for en verdimessig polyteisme (1919 s 603 siste avsnitt; 1999 s 162 siste avsnitt). Formuleringen bidrar til å understreke en lang linje i Webers vitenskapsteoretiske syn, nemlig at vitenskapelig innsikt ikke fjerner behovet for å treffe politiske valg, herunder verdivalg.

Man kan nok etter dette hevde at Webers verdifrihetsideal langt på vei kan omskrives som et ideal om verdinøytral forskning, men derfra er det ingen god argumentativ støtte for å gå videre og hevde at et ideal om verdi- og argumenttransparent forskningsaktivitet vil omgjøre rettsvitenskapen til en arena for ødeleggende rettspolitisk strid. Jeg viser til min innledende redegjørelse i avsnitt 2.3.1(2) om at transparensidealet er en metodologisk fordring, som dermed åpner for nettopp en slik verdimessig polyteisme, altså verdipluralisme, som Weber gikk inn for. Alternativet til verdi- og argumenttransparens er, slik jeg ser det, ikke å fjerne vurderingsaspektene fra rettsvitenskapernes arbeider, men å skjule dem – vurderingsaspektene er nemlig innebygget i den rettslige argumentasjonsformen i rettsdogmatikken.

Også når rettsvitenskapere engasjerer seg rettspolitisk, bør engasjementet så sant mulig være forankret i egen forskningsaktivitet, jf avsnitt 2.2.3(6) foran. Rettsvitenskapere må sjølsagt som andre samfunnsborgere kunne være partipolitisk aktive, herunder inneha politiske verv. Initiativer av rettspolitisk karakter som tas i den forbindelse, bør imidlertid ikke framstilles som forskningsbaserte. Ved klar tale bidrar man til å skape klare linjer blant rettsvitenskapene mellom forskningsbasert aktivitet og alminnelig samfunnsengasjement på den offentlige arena.

(ii) I «Retten og vitenskapen» (1993) tok Doublet og Bernt mot slutten opp vanskelighetene med å ta vare på en felles verdimeisig referanseramme i rettsvitenskapen dersom man tillater åpen moralsk kritikk av retten, noe som – slik jeg forstår dette – også gjelder dersom man tillater åpen verdiargumentasjon i sin alminnelighet:

«Et vanskelig metodisk problem for den kritiske rettsvitenskap har vært å bygge en troverdig bro fra en positivistisk samfunnsvitenskapelig analyse av objektive forhold ... over til en moralsk eller fornuftsmessig kritikk av retten.

... Hvilke verdimeisige premisser skal vi oppfatte som almenngyldige utgangspunkter for vår argumentasjon – når argumenterer vi innenfor rammen av en felles verdimeisig referanseramme, og når er vi bare ute og lufter våre politiske eller etiske særstandpunkter?» (Doublet og Bernt 1993 s 188 tredje avsnitt flg.)

Doublet og Bernts argumentasjon her var etter min mening belemet med en vanlig fordom mot at åpen verdiargumentasjon hos rettsvitenskapere (og rettsanvendere i sin alminnelighet) typisk forankres i «personlige», istedenfor i «allmenne» verdier. Fordommen innebærer å sette likhetstegn mellom (i) et personlig og verdibasert, men åpent begrunnet valg i rettslige tvilsspørsmål, og (ii) et personlig valg som enten regelrett er motivert av sympatier eller antipatier, fordommer, osv som ikke tåler dagens lys, eller som er begrunnet i et riktignok sammenhengende moralsyn, men som er svært ekstremt, eller som er blitt eksplisitt forkastet gjennom vedtakelse av lovbestemmelser. Et eksempel på et slikt ekstremt syn kunne være å hevde at abort er drap, uansett hvilke bakgrunnsfakta som måtte foreligge (voldtekt; stor helsefare for mora osv).

Mitt grunnsyn er at man i verdiargumentasjon ikke må vike unna å foreta personlige valg, dvs posisjonere seg verdimeisig, og at det som utgangspunkt ikke er vanskeligere å trekke grensen mot alminnelige ugyldighetsgrunner (utenforliggende hensyn, inhabilitet, partiskhet osv) når åpne verdistandpunkter er involvert, enn når de ikke er det (eller forsøkes kamuflert). Se nærmere herom i kapittel 3 avsnitt 3.2.4(2.3) nedenfor, i tilknytning til min første moralfilosofiske grunnantakelse. En dommer må nok ta større hensyn enn en rettsvitenskaper til om «særstandpunktet» må antas å kunne vekke betydelig strid, eller klart være på tvers av alminnelige rettsoppfatninger – Børre Knudsen-dommen, Rt 1983 s 1004, gir en god il-

lustrasjon.¹⁵⁶ Doublet og Bernts innfallsvinkel i sitatet foran la imidlertid ikke føringer for åpning av en fruktbar diskusjon om «sprengkraften» i å innføre en mer verdi- og argumenttransparent avgjørelsesform i rettslivet.

(1.5) Rettsvitenskapere har ikke bedre forutsetninger enn andre for å ytre seg om rettspolitiske spørsmål

En mulig siste innvending mot min grunnantakelse som jeg vil ta opp her i avsnitt (1) som begrunnelse for at verdifrihet, eller iallfall verdinøytralitet, fortsatt bør være rettsvitenskapernes overordnede forskningsideal, er at rettsvitenskapere ikke har bedre forutsetninger enn andre for å ytre seg om rettspolitiske spørsmål. Denne innvendingens holdbarhet er, som både Ross 1953 og Stuer Lauridsen 1974 påpekte, avhengig av hvordan man velger å definere rettspolitikk, jf presentasjonen av deres generelle posisjoner i avsnitt 2.2.3(6.1) foran. I og med at jussen er det redskapet som i våre dager stort sett alltid nyttes for å gjennomføre politikk, vil nær sagt ethvert politisk spørsmål i en instrumentell forstand ha en rettspolitisk side. Derfor hevdet da også Ross 1953 (s 419 siste avsnitt) at det kun var gradsforskjeller og -overganger mellom rettspolitikk og politikk, mens Stuer Lauridsen 1974 (s 77 siste avsnitt) påpekte at dersom all aktivitet som gikk ut på å foreslå endringer av lovgivningen ble definert som rettspolitikk, så ville enhver politisk virksomhet være omfattet av rettspolitikken. Både Ross og Stuer Lauridsen argumenterte likevel for det syn at rettsvitenskapene qua juridiske eksperter hadde en legitim rettspolitisk oppgave å utføre; Stuer Lauridsen framhevet særlig rettsvitenskapernes rolle i offentlige lovutvalg som en sentral rettspolitisk arena.

Etter mitt syn må det være ubestridelig at rettsvitenskapere har bedre forutsetninger enn folk flest når det gjelder å ytre seg med sakkunnskap om de aspektene ved rettspolitikken som de yrkesmessig har utdanning eller praktisk trening i. Typiske eksempler på slike rettspolitiske ytringer er spørsmål om klarhet, konsistens og koherens og virkningsorienterte vurderinger ellers, samt mer håndverksmessige aspekter ved ny lovgivning. Avhengig av spesialisering vil rettsvitenskapere også kunne bidra med f.eks. rettssosiologisk og rettsøkonomisk ekspertise i forbindelse med pågående lovrevisjonsarbeid. Når det gjelder politikkspørsmål i sin alminnelighet, som f.eks. om man bør ha eller ikke ha en ordning med kontantstøtte, ha en besteårs- eller alleårsregel i folketrygdens alderspensjon, fortsette å ha en konkurranselovgivning der konkurranse oppstilles som mål, fortsatt ha sjølbestemt abort, legalisere aktiv dødshjelp eller vedta kjønnsnøytral ekteskapslov, vil man stort sett måtte legge til grunn at rettsvitenskapene ikke qua rettsvitenskapere har bedre forutsetninger enn andre for å ytre seg. Men dette er bare et utgangspunkt, for nær sagt ethvert allment politikk-

¹⁵⁶ Børre Knudsen-dommen presenterer jeg nærmere i kapittel 3 avsnitt 3.2.1(7.3) nedenfor.

spørsmål har gjerne noen delaspekter hvor juridisk ekspertise trengs – som f.eks. EFTA-domstolens dom i hjemfallssaken i juni 2007 aktualiserer.

(2) *Verdi- og argumenttransparens er ikke tilstrekkelig – et normativt forskningsideal trengs for rettsvitenskapen*

En innvending mot min grunnantakelse kunne være å hevde at den ikke går til kjernen med hensyn til sentrale følger av å oppgi den skandinaviske rettsrealismens domstolspraksisbeskrivende vitenskapsideal. Mao: verdi- og argumenttransparens er ikke det sentrale forskningsidealet – nå trengs et normativt forskningsideal for rettsvitenskapen.

Før jeg går nærmere inn på denne innvendingen vil jeg vise til synspunktene i kapittel 1 avsnitt 1.3.2 foran om de mange konkurrerende definisjonene av 'normativitet' og 'normativ' som har vært i bruk i rettsteorien i vår kulturkrets de siste 100 år – herunder begrunnelsen for at jeg har valgt å bruke betegnelsen «normforeskrivende» for å tydeliggjøre den modale meningen jeg tillegger betegnelsen: «modalt utsagn om normer». Parolen om en nynormativistisk reorientering er etter mitt syn *uklar*, fordi 'normativ' iallfall kan defineres¹⁵⁷ på følgende fem måter:

- 1) 'normativ' betyr 'som gjelder normer' [dagligspråklig]
- 2) 'normativ' betyr 'normsettende' [dagligspråklig]
- 3) 'normativ' betyr 'beskrivende om normer' [Kelsens og Ross' definisjoner]
- 4) 'normativ' betyr 'normekspressivt om normer' [ontologisk realisme, f.eks. Vinding Kruse og Castberg]¹⁵⁸
- 5) 'normativ' betyr 'normforeskrivende om normer' [definisjonen som jeg foretrekker, og som trolig er i samsvar med en århundrelang linje i norsk rettsvitenskap].

En velvillig lesning av de rettsvitenskapene som siden 1990-tallet har tatt til orde for en (ny)normativistisk reorientering av rettsvitenskapen (se nærmere om disse straks nedenfor), tilsier at man legger til grunn definisjon 5) som den foretrukne. Definisjon 1) og 2) er sammenfallende med den alminnelige leksikalske betydningen, som ikke karakteriserer noen bestemt rettsteori; definisjon 3) er den som unisont forkastes av nynormativistene; og definisjon 4) er Vinding Kruses og den yngre Castbergs posisjon, som betyr at rettsvitenskapene kan finne den sanne rett, en posisjon som ingen norsk rettsvitenskap har tatt til orde for etter *Castberg* 1941.¹⁵⁹ Det er som

¹⁵⁷ Definisjonen foretas da som en valgt, normforeskrivende definisjon, se nærmere om dette i kapittel 1 avsnitt 1.3.1–2 foran.

¹⁵⁸ Evald 2005 (s 305 første avsnitt) skriver om Vinding Kruses rettskildeteori at denne av ettertida ble betegnet som normativ rettskildeteori, «netop fordi den betonedede de teoretiske grunde, som er afgørende for, hvad der bør være en retskilde».

¹⁵⁹ *Castberg* 1941 er omtalt i avsnitt 2.3.2 foran.

det framgår utelukkende et definisjonsspørsmål om et «normativt utsagn» skal forstås «normativt» eller «deskriptivt».

Problemet slik jeg ser det er at de som tar til orde for et normativt forskningsideal etter definisjon 5), vil møte et forklaringsproblem i forhold til den lange normforeskrivende linje i norsk rettsvitenskap fra *Scheel* 1907 via *Platou* 1915 til *Augdahl* 1949; 1961 og 1973. Den rettsvitenskaper som vil oppstille et normativt forskningsideal kommer mao ikke unna å ta stilling til om Ross' og Eckhoffs domstolspraksisbeskrivende ideal kan hevdes å være *bare et midlertidig avvik fra* denne linjen, se avsnitt 2.3.2 foran. Som det vil framgå av gjennomgåelsen i fortsettelsen, har denne utfordringen bare i vekslende grad blitt plukket opp i den «nynormativistiske bølgen».

Doublet og Bernt 1993 (s 8–17 kapittel 1.3) hevdet at rettsvitenskapens tema var «å gi en normativ fremstilling av hva som er riktig rettsanvendelse» (s 10 første avsnitt) og plasserte rettsvitenskapen som en «normativ og ikke som en empirisk vitenskap» (s 10 tredje avsnitt). Denne uttrykksmåten indikerer klart nok en tilslutning til definisjon 5), men forfatterne ga ingen forklaring av sitt begrep om det normative,¹⁶⁰ bortsett fra kontrasteringen mot empiriske vitenskaper.¹⁶¹ I tilleggskapitlet¹⁶² «Norsk rettsteori mellom rettspositivisme og ny-normativisme» kom imidlertid *Doublet og Bernt*s normforeskrivende program mer pregnant til uttrykk. Deres sentrale argument var at idealet om å bruke høyesterettspraksis som «tydingsskjema» for korrekt rettsanvendelse ikke prinsipielt utelukket at rettsvitenskapene kunne fortsette med å basere sine utsagn om gjeldende rett på samme metode og argumenttypegrunnlag som før. Sjøl om rettsvitenskapene som fulgte Ross og Eckhoff byttet ut *Augdahls* oppskrift på «bør»-utsagn om gjeldende rett med «kan»-utsagn og liknende ytringer om hva Høyesterett kunne komme til å dømme i en aktuell sak, framsto ifølge *Doublet og Bernt* en slik rettskildelære *ikke som reint beskrivende*, men tvert imot som en slags «skinnpositivisme» (s 179).¹⁶³

Slik jeg forstår argumentasjonen til *Doublet og Bernt* 1993, mente de at det kun var gradsforskjeller, ikke prinsipielle forskjeller, mellom det gamle og nye idealet for hvordan rettsvitenskapene skulle framstille gjeldende rett. Dersom man ser bort fra Ross' vitenskapsetiske, ontologiske og moralfilosofiske begrunnelse av det deskriptive vitenskapsidealet, og kun forholder

¹⁶⁰ Sammenhengen kan nok være at *Doublet og Bernt* på det angitte sted primært var opptatt av å understreke det synspunkt at rettsvitenskapen måtte plassere blant de *forstående* samfunns- og kulturvitenskapene, ikke blant de *årsaksforklarende* naturvitenskapene – et syn jeg er helt enig i.

¹⁶¹ I forbifarten: jeg er enig i kontrasteringen, for så vidt man har f.eks. rettsdogmatikk og rettshistorie for øye, mens kontrasteringen kolliderer hvis man regner empirisk retts sosiologi blant rettsvitenskapens deldisipliner.

¹⁶² Dette kapitlet var ikke med i boken førsteutgave, som utkom i 1992.

¹⁶³ Et hovedankepunkt i *Doublet og Bernt*s kritikk av den sammenfattende avveiningsmodellen til Eckhoff var at den ikke ga noen verdimeisig målestokk eller kriterier for holdbar rettsanvendelse (*Doublet og Bernt* 1993 s 184 pkt 8 første avsnitt). Denne kritikken går imidlertid i en annen retning enn det som er temaet her i avsnitt 2.3.3(2) – og tas derfor ikke opp her.

seg til overflatenivået i Eckhoffs domstolsbeskrivende ideal for metodefaget, slik han formulerte det i «Rettskildelære», tror jeg at Doublet og Bernt her tok forskjellen mellom Augdahls og Eckhoffs versjon av rettsvitenskapernes oppgave i forbindelse med metodefaget på kornet. Men dermed framstår en parole om en «nynormativistisk reorientering» av rettsvitenskapen (inkludert metodefaget) som i høyden *nokså udramatisk*, og under enhver omstendighet lite egnet til å fokusere på de uløste spørsmålene knyttet til verdi- og argumenttransparens som jeg adresserer gjennom min grunnantakelse.

For Boe 1996 (s 133 avsnitt 12.2 flg) derimot var nok et tilsvarende syn på den udramatisk forskjellen mellom en deskriptiv og normativ rettskildelære et vesentlig argument for fortsatt *forsvar* av Eckhoffs deskriptive ideal. Boe kontrasterte sin videreføring av det han betegnet som Eckhoffs «normdeskriptive» ideal med den formulering av rettsvitenskerollen i metodefagundervisningen (og ellers) som *Augdahl* 1973 (s 27 andre avsnitt) hadde oppstilt, og som *Fleischer* 1995 (s 51–52) hadde gitt iallfall be-
tinget støtte:

«... Én ting er ... å si at rettsanvenderens vurderinger får spille en viktig rolle for rettsanvendelsen, noe annet er å framstille rettskildelæren som det *forfatteren* mener er riktig rettskildebruk. Det er ikke den juridiske litteraturen som bestemmer rettskildeprinsippenes innhold. Ledetråden er århundrelang rettstradisjon, der Høyesterett har gått foran og utkrystallisert prinsipper for holdbar rettskildebruk. Derfor legger jeg til grunn at kriteriene for rettsgyldig argumentasjonsmåte ikke er hva jeg personlig mener om den saken, men om rettskildebruken tilfredsstiller grunntrekkene i de prinsippene som rettstradisjonen har utviklet.

Her skiller jeg meg fra Fleischers og Augdahls angrepsvinkel. Det som preger deres presentasjon, er hva Fleischer og Augdahl mener er riktig juridisk ar-
[s 135]gumentasjon. Et slikt opplegg er ikke mer normativt, det er mer subjektivt. ...»
(Boe 1996 s 134 nest siste avsnitt flg.)

Etter min mening tok Boe her for lett vint på rettsvitenskapernes rolle ikke bare som tilskuere, men også som deltakere, i rettsordningen, se nærmere avsnittene 2.3.1(1.3) og (1.5) foran, herunder påpekingen i sistnevnte avsnitt av Boes *mainstream*-syn (i motsetning til Fleischers) på rettsvitenskapernes ytringer som relevant argumenttype for domstolene. Ikke minst må rettsvitenskaperne som skriver lærebøker i jussens metodefag ta inn over seg at de er medskapere av (framtidige og praktiserende) rettsanvenderes avgjørelsesmønstre, gjennom å levere teorien for disse avgjørelsene.

Boes forsvar for det beskrivende idealet var imidlertid ikke konsekvent, fordi han innledet sitt resonnement med å poengtere at Eckhoff etter hans syn viste «for stor forståelse for rettskildebruken ... i forvaltning og domstoler», og at Eckhoff, i motsetning til det han sjøl ville gjøre, «ikke [tok] avstand fra argumentasjonsmåter som jeg mener ligger på siden av det rettslig holdbare» (Boe 1996 s 134 første avsnitt). Dermed koker forskjellen mellom Boes «personlige» argumentasjon og Augdahls variant etter mitt

syn ned til mindre nyanser med hensyn til forståelsen av «personlig». Jeg tar det nemlig for gitt at begge forfattere ville si seg enig i at man må tilstrebe en holdbar vurdering (i betydningen argumentativt etterprøvable vurdering) av rettsvitenskaperytringer om en konkret høyesterettsdoms riktighet. Jeg kan videre vanskelig skjønne at Boes eget opplegg er mindre subjektivt enn Augdahls – også her blir det snakk om nyanser i grått, hvor subjektive (!) begrepskonnotasjoner vil være utslagsgivende for hvordan disse nyansene forstås.

Det sentrale budskapet hos *Bergo* 2002 var at verken Ross, Eckhoff eller deres etterfølgere har maktet å gjennomføre de logiske empiristenes kongstanke om å erstatte forestillingen om substansielle rettsbegreper med funksjonelle rettsbegreper – det såkalte «begrepstømmings»-prosjektet. Derfor har substansiell rettstenkning – eller som Bergo yndet å kalle det: «ontoteoretisering eller ontologisering» (2002 s 178 nest siste avsnitt) – fulgt med som en slags nisse på lasset i norske rettsvitenskapers argumentasjonsteoretiske arbeider helt fram til vår tid. Bergos arbeid munnet ut i den anbefaling å vende bort fra den rådende «psykologisk eller meningshermeneutisk analyse av aktørenes meninger», dvs å forlate «den mistenksomme, psykologiske realismens hegemoni», og isteden vende tilbake til en «tekstbasert rettskildelære» (s 1042 første og andre avsnitt). Bergos synes med dette å ha posisjonert seg med en ontologisk grunnholdning som til forveksling er lik den grunnlovskonservatismen som for tida rår grunnen i USAs Supreme Court.

Sjøl om *Bergo* 2002 hadd en sterkt anti-rettsrealistisk profil, og han sammenfattende karakteriserte «rettskildelærens normative aspekter» som én av de røde trådene i boka (s 1043 første avsnitt), er det vanskelig å få øye på noen nynormativismeposisjon i hans teori som er prinsipielt annerledes enn det jeg har karakterisert som den lange linje i norsk 1900-tallsrettsvitenskap. Hans anbefaling av en mer tekstnær tolkingstradisjon kan riktignok karakteriseres som normativt anti-normforeskrivende, altså det motsatte av «nynormativistisk».¹⁶⁴ Men det er en posisjon som – i sammenhengen her et sentralt poeng – etter min mening forsterker snarere enn svekker behovet for et forskningsideal om verdi- og argumenttransparens, fordi det er åpenbart at en tekstnær tolkingstradisjon lett blir en brobelagt vei til nettopp den ontologiske realismen som Bergo så sterkt ønsket å distansere seg fra, jf definisjon 4) innledningsvis. Verdi- og argumenttransparensidealet var knapt synlig som egen argumentasjonslinje i hans arbeid, trass i den omfattende analysen av Eckhoffs rettsrealisme.

Friis Fæhn 2002 hadde i likhet med *Bergo* 2002 rettsrealismen som hovedskyteskive. Den normative vending som er hans hovedbudskap er tydeligst meislet ut i bokas kapittel 1.4.4 (s 248 flg). Den rasjonelt handlende idealrettsvitenskapen karakteriserte Friis Fæhn som «strategisk» hand-

¹⁶⁴ Blandhol 2004 (s 374 avsnitt 4) valgte av denne grunn å karakterisere Bergo som «tekstualist», ikke som «normativist».

lende, mens derimot rettsvitenskapere som følger Eckhoff og Sundbys «normmodell» tendensielt ble styrt av «visse lovmessigheter av a priorisk karakter» (s 250 siste avsnitt). Når Friis Fæhn introduserte sin egen, normforeskrivende rettsteori under merkelappen «En normativ vending», betød dette altså en vending bort fra «blind lydighet» henimot «valg» av normpreferanse:

«Med normativ vending sikter jeg til en overgang fra en forklaringsmodell som forutsetter at det finnes visse lovmessigheter av *a priorisk* karakter som styrer eller former aktørenes handlinger og virkelighetsoppfatninger, til en forklaringsmodell som forutsetter at ethvert prinsipp som oppstilles for erkjennelse av fakta eller verdier alltid kan revurderes, og eventuelt forkastes som uholdbart eller uriktig, i lys av erfaring og refleksjon *a posteriori*. Denne normative vendingen innebærer at aktørenes *begrunnelser* for hvorfor deres handlinger og deres standpunkter er holdbare eller riktige, blir det sentrale.» (Friis Fæhn 2002 s 250 siste avsnitt.)

Også Friis Fæhns posisjon ender etter mitt syn opp som en tilbakevending til den tradisjonelle, normforeskrivende linje i norsk rettsvitenskap, uten at hans argumentasjon tilførte noe nytt til rettsrealismens klare fokusering på sontringen mellom fakta og verdier. Som hos Bergo var verdi- og argumenttransparensidealet knapt synlig som egen argumentasjonslinje i hans arbeid.

For Kinander 2004 var parolen om en normativ rettsvitenskap et hovedanliggende – den er implisitt uttalt allerede i avhandlingens undertittel, «An analysis and critique of legal realism and descriptive jurisprudence». Det er ubestridelig at Kinanders forståelse av normativ faller innenfor definisjon 5), den normforeskrivende definisjonen, som jeg tok opp innledningsvis, men han nyttet også betegnelsen i dens første, dagligspråklige betydning. I et innledende avsnitt med overskrift «Methodological positivism and normative frameworks» (s 58 flg) refererte han et synspunkt av Brian Leiter¹⁶⁵, som argumenterte mot Stephen Perrys standpunkt om at rettsvitenskapene ikke kan spesifisere rettens funksjon uten å involvere seg i normativ argumentasjon, dvs argumenter om hvordan retten bør være; følgelig går det, ifølge Perry, ikke an å være metodologiske positivister. Sjøl om Kinander ikke direkte tok stilling til kontroversen, framkom det at hans sympati lå hos Perry. I det påfølgende avsnittet «Description and normativity» (s 63 flg) kom det tydeligere fram at Kinander tok avstand fra de amerikanske rettsrealistenes empiristiske og behavioristiske forståelse av retten, slik Karl Llewellyn formulerte den på 1930-tallet. Mot Llewellyn hevdet Kinander bl.a. følgende:

«... To be able to make sense of the results of empirical investigations, we have to supplement the fact with a normative framework of social policy, which can make the facts meaningful. This framework cuts through the empirical-descriptive framework

¹⁶⁵ i: «Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law» / redigert av Jules Coleman (2001), s 355–70.

and stems from the intimate connection between theory and practice. ...» (Kinander 2004 s 66 siste avsnitt.)

Videre åpnet Kinander i avhandlingens kapittel 4, under overskriften «Indeterminacy and transparency», med å tilkjenne at rettsrealistenes oppfatning av rettens innhold som prinsipielt ubestemt er det sterkeste argumentet for en «normative approach» til rettsstudiet (s 202 siste avsnitt). Avslutningsvis beklaget Kinander sterkt at rettsrealismen hadde ført til at rettsvitenskapen hadde mistet sitt normative vokabular (s 357 første avsnitt).

Trass i Kinanders sterke posisjonering i favør av en normativ rettsvitenskap, som jeg i det store og hele støtter fullt ut, vil jeg, som i forhold til Doublet og Bernt, innvende at det er vanskelig å få øye på «kruttet» i hans argumentasjon: den reduksjonistiske positivismen som Kinander kritiserer, har knapt hatt fotfeste i norsk rettsvitenskap – og har det iallfall ikke lenger. Følgelig underminerer heller ikke Kinanders parole om en normativ rettingsendring i rettsvitenskapen min grunnantakelse om det overordnede forskningsidealet for rettsvitenskapen. Som jeg allerede har påpekt i avsnitt 2.3.2 foran, er Kinander 2004 for øvrig den som har gått lengst i nyere norsk rettsteori i å formulere et ideal som likner mitt.

Sæther Mæhle 2005 (s 28 avsnitt 1.3) flagget et normativt rettsvitenskapelig valg gjennom bruk av «normativ» både i betydning 1) og 5) som jeg gjennomgikk innledningsvis i dette avsnittet. Det skjedde i en snaut side-lang redegjørelse hvor forfatteren ikke gjorde noe forsøk på å kontrastere sin posisjon mot f.eks. Eckhoffs posisjon. I realiteten ga vel derfor Sæther Mæhle her tilslutning til den lange, normforeskrivende linje i norsk rettsvitenskap gjennom det 20. århundre. Noe særpreget «nynormativistisk» vitenskapsteoretisk program er det ikke mulig i spore i denne doktoravhandlingen.

*

Etter denne gjennomgåelsen er det grunnlag for noen samlende refleksjoner. Et paradoks jeg vil framholde i relasjon til min innledende liste over mulige definisjoner av 'normativ', er at den normativisme som nynormativistene har tatt til orde for, er vanskelig å atskille fra normativismen til Augdahl, se avsnitt 2.3.2 foran. Jeg har allerede antydnet (samme sted) at denne normativismen trolig har vært den dominerende posisjonen i norsk rettsvitenskap gjennom mesteparten av 1900-tallet, trass i det store nummer som i rettsteoretiske sirkler er blitt gjort av det domstolspraksisbeskrivende idealet. Allerede Castberg 1965 (s 69 andre avsnitt) ga, i et avsnitt med «Kritikk av Ross» til overskrift, uttrykk for det syn at rettsrealistene «som jurister foretar sine rettsdogmatiske resonnementer etter akkurat de samme linjer som vi andre». Forskjellen var bare at rettsrealistene fingerte å resonnerer på vegne av domstolene, som det gjaldt å forutse atferden til. Og for å

«sikre rettstenkningens karakter av vitenskap, i deres oppfatning av ordet, skyver de de dogmatiske, dvs normative slutninger over på dommerne, som antas ... å resonnere genuint ut fra troen på forpliktende regler ...» (Castberg 1965 s 69 andre avsnitt.)

Dermed er en parole om «nynormativistisk reorientering» mindre velegnet til å signalisere den nødvendige kjernen i kritikken av Eckhoffs domstolspraksisbeskrivende ideal for metodefaget, fordi den både kan forstås – og har blitt forstått, se redegjørelsen foran for posisjonen til Boe 1996 (s 134 avsnitt 12.3) – som en parole om å vende tilbake til Augdahls posisjon. Jeg er ikke uenig i at det er Eckhoffs domstolspraksisbeskrivende ideal for metodefaget som er den største svakheten i hans samlede metodeteori. Men samtidig mener jeg det er viktig å ta vare på Eckhoffs opptatthet av vurderingenes betydelige, todelte rolle i rettsanvendelsen, både som argumenttypenormteoretisk verktøy (argumentasjonsteoriprinsipp) i alle faser av rettsanvendelsesprosessen, og som egen argumenttype (godhetsvurderinger i forbindelse med reelle hensyn). Dermed blir det ufruktbart å gå inn for å «vende tilbake» til Augdahls normforeskrivende ideal. Ingen av rettsteoretikerne jeg tok for meg foran har tatt til orde for å gjøre dette, men blant rettsrealismekritiske *rettsdogmatisk* avhandlingsskrivende har dette standpunktet, som en slags «kortversjon» av distansering fra en domstolspraksisbeskrivende posisjon, fått et visst gjennomslag det siste tiåret.¹⁶⁶

Hovedsvakheten i den nynormativistiske bølgen fra 1990-tallet er etter mitt syn at de respektive rettsvitenskapene bare i mindre utstrekning har problematisert hva som bør skille denne nynormativismen fra rettsrealismens beskrivelser av domstolenes praktiserte rett. Langt på vei har nok dette sammenheng med at rettsrealismekritikerne stort sett¹⁶⁷ ikke har kommet opp med alternative rettsontologier eller erkjennelsesteorier om retten.

Sammenfatningsvis vil jeg hevde at min egen grunnantakelse om det overordnede forskningsidealet for rettsvitenskapene i en helt annen grad enn et alternativt ideal om å utøve normforeskrivende forskningsaktivitet treffer der skoen trykker i forhold til dagens forskningsfront. Den strid som må påregnes om min forståelse av all rettslig argumentasjon som *verdiforankret*, og de erkjennelsesteoretiske forutsetningene for dette standpunktet, er et argument for å fastholde at denne grunnantakelsen er «spenstig» nok i dagens rettsteoretiske klima.

Om man skulle fastholde en parole om å utøve normativ (i betydningen «normforeskrivende») forskningsaktivitet, måtte denne uansett presiseres slik at den ikke hevdes å gjelde forskning i alle rettsvitenskapelige deldisipliner. Ikke bare ville det være uholdbart å kreve at empirisk rettssosiologisk forskning må være normforeskrivende, for å kunne aksepteres som vitenskapelig. Også å kreve at all rettsdogmatisk forskning må være norm-

¹⁶⁶ Se henholdsvis Robberstad 1999 og Aa. T. Falkanger 1999.

¹⁶⁷ Unntaket er Doublet og Bernts hermeneutiske vitenskapelighetskriterium (1993 s 185 flg; 1998 s 161 flg), som ble oppstilt som alternativ til et «positivistisk» vitenskapelighetskriterium, se omtalen i avsnitt 2.3.2 foran.

foreskrivende, ville etter min mening være å overstrekke den sunne kjerne i et normforeskrivende forskningsideal: Beskrivelser utgjør en sentral og nødvendig kjerne i de fleste rettsdogmatiske forskningsopplegg. Det ville derfor være helt ødeleggende for rettsdogmatikken om den beskrivende delen av forskningsarbeidene skulle bli plassert utenfor det vitenskapelige feltet, jf min argumentasjon i tilknytning til vitenskapelighetsnormen i avsnitt 2.2 foran.

(3) *Det domstolspraksisbeskrivende vitenskapsidealet utelukker ikke andre vitenskapelige sysler for rettsvitenskapen enn utarbeidelse av prognoser over framtidige dommer*

En ytterligere innvending mot min grunnantakelse kunne være det standpunkt at det domstolspraksisbeskrivende vitenskapsidealet ikke utelukker andre *vitenskapelige* sysler for rettsvitenskapen enn utarbeidelse av prognoser over framtidige dommer. Det korte, og derfor minst interessante, svaret på denne innvendingen er «nei», for Ross' vitenskapsteoretiske, ontologiske og moralfilosofiske premisser for det domstolspraksisbeskrivende vitenskapsidealet utelukket nettopp alt annet enn utarbeidelse av prognoser over framtidige dommer fra rettsvitenskapernes vitenskapelige felt, se avsnitt 2.3.3(1.2) foran.

I dette avsnittet skal jeg imidlertid se nærmere på hvordan man i norsk dogmatisk rettsvitenskap – med et skråblikk på svensk og dansk rettsvitenskap – i *praksis* iallfall hovedsakelig har lukket øynene for deler av Ross' vitenskapsideal. Fra Ross overtok rettsvitenskapen langt på vei hans domstolspraksisbeskrivende ideal, nærmest som en tribut til visjonen om en verdifri forskning. Men samtidig fortsatte man med det som siden slutten av 1800-tallet hadde vært regnet som rettsvitenskapernes kjerneaktivitet – den systematisk analyserende, fortolkende, ordnende og restrukturerende disseksjonen av rettslivets frambringelser (lov, rettspraksis, sedvanerett mv), en aktivitet man i vår tid gjerne omtaler som «rasjonell rekonstruksjon»¹⁶⁸ av rettsordningen, og som naturligvis inkluderer å sammenholde egen aktivitet kritisk med sine kollegers tilsvarende aktiviteter.

Når det gjelder denne rekonstruerende kjerneaktiviteten viser jeg først til framstillingen i avsnitt 2.2.3(6.1) og 2.3.2 foran av vitenskapelighetskriteriets utvikling i norsk rettsvitenskap, influert av forbilder i Danmark og Sverige, fra forrige århundreskifte til i dag, særlig med henblikk på avgrensning mellom rettsdogmatikk og rettspolitikk, og mellom fakta og vurderinger, i tilknytning til jussens metodefag. Jeg vil framheve posisjonen til *Olivecrona* 1940 (s 55–56), fordi hans «oppskrift» på å kombinere tradisjonell rettsdogmatisk forskning med skjerpet vektlegging av verdifrihetsproblematikken synes å være den som har blitt fulgt i praksis, trass i

¹⁶⁸ Se nærmere om denne termen straks nedenfor.

den innsnevring av området for legitim vitenskapelig utfoldelse som Ross 1953 inviterte til med sin prognoseteori. Videre viser jeg til kritikken mot Ross' vitenskapsideal som jeg redegjorde for i avsnitt 2.3.3(1.2) foran, herunder kritikken fra Hellner 1969.

Et godt eksempel på formulering i *nyere svensk rettsteori* av tradisjonelle analyse- og systematiseringsgjøremål som den sentrale vitenskapelige oppgave for rettsdogmatikken, ga Åke Frändberg i doktoravhandlingen «Om analog anvendning av rättsnormer» (1973 s 35 flg). Fra en seinere bok, «Rättsregel och rättsval» (1984), har jeg funnet følgende formulering av rettsdogmatikkens hovedoppgave som ikke sprenger rammene for den rettsrealistiske ontologien (dvs at retten er den domstolskapte retten):

«... Rättsdogmatikens huvuduppgift är, som jag ser den, att erbjuda logiskt, teknologiskt och (inte minst) teleologiskt *bättre versioner* av den gällande rättens viktigaste delar ... och därutöver en egen självständig rättsbildning (doktrin) på områden, där den gällande rätten är rudimentär eller helt obefintlig men där det föreligger ett starkt samhälleligt behov av rättslig reglering.» (Frändberg 1984 s 68 nestsiste avsnitt.)

Her kom det sentrale rettsdogmatiske idealet om *rasjonell rekonstruksjon* til uttrykk, et ideal som Bankowski 1991 m.fl. (s 16–23) hadde som avsnittsoverskrift i innledningskapitlet i det komparative referanseverket «Interpreting Statutes». Frändberg formulerte sjøl kortversjonen av idealet i 1997¹⁶⁹, og Jareborg (2004 s 2 pkt 2 og s 4 pkt 4) fulgte opp under merkelappen «verklighetsrekonstruksjon».¹⁷⁰

Stig Strömholm aksepterte i sin «Rätt, rättskällor och rättstillämpning» (1992 s 69 første avsnitt og s 108–9; 1996 s 75 siste avsnitt og s 115–16) det standpunkt at den rettsdogmatiske rettsvitenskapen «faller utanför vad som vanligen betecknas såsom vetenskap, d v s uppställandet av verifierbara utsagor om verkligheten». Strömholm kapitulerte mao på den ene siden for de skandinaviske rettsrealistenes empiristiske vitenskapelighetskriterium. Men Strömholm gjorde det ikke uten ironisk eleganse: Etter hans mening var en slik slutning ikke noen ulykke for rettsdogmatikken, og man behøvde heller ikke trekke noen terminologiske eller praktiske konklusjoner i forhold til standarder for korrekt juridisk arbeidsmetode og rasjonell argumentasjon, heller ikke for bruken av betegnelsen «rettsvitenskap».

Det er påtakelig at verken budskapet til Frändberg 1984, eller andre svenske rettsvitenskapere som sto for en tradisjonell rasjonelt rekonstruerende linje for rettsvitenskapen, gjorde inntrykk på en person som på denne

¹⁶⁹ «As I see it, jurisprudence is the collective endeavour to produce a detailed, precise, coherent, non-contradictory, realistic and illuminating *conception of law* – and to do this by analysis and conceptual ordering of legal phenomena.» (Frändberg 1997 s 239 andre avsnitt.)

¹⁷⁰ Rasjonell rekonstruksjon av rettssystemet har også vært kjernegjøremålet i den deontiske logikken, se f.eks. Carlos E. Alchourrón og Eugenio Bulgin: «Normative Systems» (1971), som Aarnio 1977 (s 266 flg) bygde videre på.

tida ble utnevnt til dommer (justitieråd) i Högsta domstolen, Johan Lind. Hans melding til svenske rettsvitenskapere vel 10 år seinere var nemlig at

«... rettsvetenskapsmän till skillnad mot Högsta domstolen inte betrotts med at svara för normgivning ... Analysera gärna argumenten i domskälen, sätt in dem i ett större sammanhang, gör jämförelser med andra rättssystem men förkasta inte en dom med påståendet att det är feldömt. *Det tjänar inget vettigt ändamål. ...*» (Lind 1996–97 s 362 andre avsnitt. Min kursivering.)

I spennet mellom Frändbergs angivelse av rettsvitenskapernes hovedoppgave og justitierådet Linds skarpe advarsel til rettsvitenskapene mot å si rett ut hva de mener om en avsagt høyesterettsdom, fins etter min mening handlingsrommet for et domstolspraksisbeskrivende vitenskapsideal. Og Ross 1953 må, på bakgrunn av presentasjonen i avsnitt 2.2.3(6.1) og 2.3.3(1.2) foran, kunne plasseres et godt stykke inn mot sentrum fra justitierådet Linds ytterpunkt: noen slik forbeholdsløs nord og ned-dømming av kritikk mot høyesterettsavgjørelser som Lind leverte, finner man knapt hos Ross.¹⁷¹

En svensk rettsteoretiker som med kraft i en årrekke forsøkte å få til et brudd med idealet om en domstolspraksisbeskrivende rettsvitenskap, var Aleksander Peczenik, som i et seinere arbeid bl.a. hevdet følgende:

«... Rättsvetenskaplig bearbetning kretsar visserligen kring rättsreglernas, rättsbegreppens och rättsinstitutens systematisering, men för att inte vara poänglös måste den åtföljas av normativa rekommendationer. En sådan rättsskapande systematisering är oförenlig med den i Sverige härskande rättspositivismen. ... Den stora frågan är om den rättsvetenskapliga systematiken bör vara värdenneutral. Mitt bestämda svar är nej. ...» (Peczenik 1998–99 s 485 fjerde avsnitt.)

Det er bekymringsfullt at Peczenik regnet sitt eget syn for å stå i opposisjon til «den ... härskande rättspositivismen». Slik jeg ser det, gjorde nemlig ikke Peczenik her annet enn å følge opp en klar linje i Olivecronas og Frändbergs synspunkter, sjøl om han tydeliggjorde de normative forpliktelsene klarere enn disse gjorde.

I dansk rettsvitenskap har vel avvisningen av Ross' snevre fastsettelse av de aktivitetene som rettsvitenskapene kunne beskjeftige seg vitenskapelig med, vært enda klarere enn blant svenske rettsvitenskapere – noe som ikke er overraskende tatt i betraktning at rettsrealismens vugge sto i Uppsala flere tiår før Ross' innflytelse kulminerte i Danmark på 1950-tallet.

Stig Jørgensen var blant dem som tidlig distanserte seg fra sentrale elementer i Ross' rettsteori, f.eks. fra Ross' nonkognitivisme (Jørgensen 1969), og fra Ross' avvisning av muligheten for å diskutere verdier, og generelt fra hans tilslutning til logisk empirisme (Jørgensen 1970 s 99 flg).

¹⁷¹ Jf i motsatt retning sitatet i avsnitt (1.2) foran fra Ross 1953 (s 64 siste avsnitt), hvor han angir ytterpunktene for rettsvitenskapernes tolkingsspillerom i forhold til sin egen prognosteorie: «Overfor en fast domstolspraksis må teorien kapitulere, lige så vel som overfor en ny lov. ...»

Jes Bjarup tok, i en kritisk analyse av Eckhoffs «Rettskildelære» i *TfR* i 1974, klart avstand fra det domstolspraksisbeskrivende idealet i denne boka, og gikk isteden (Bjarup 1974 s 166 flg) inn for det han betegnet som en preskriptiv (altså foreskrivende) teori om rettsanvendelsen.¹⁷² Dette året kritiserte også Henrik Zahle i *TfR* Ross' forsøk på å gjøre rettsdogmatikken vitenskapelig, og tok i det hele tatt et generaloppgjør med Ross' rettsteori (Zahle 1974). Preben Stuer Lauridsen plukket i sin doktoravhandling (1974) fra hverandre Ross' prognoseteori, og forsøkte ellers å begrunne rettspolitikken som vitenskapelig disiplin på et helt annet grunnlag enn Ross'.¹⁷³ I et seinere arbeid (1977 kapittel III § 16) utdypet og forsterket Stuer Lauridsen sin kritikk av Ross' vitenskapsteori.

Heller ikke Jørgen Dalberg-Larsen 1977 aksepterte Ross' syn på hva rettsvitenskapere kunne beskjeftige seg vitenskapelig med.

Sammenfatningsvis vil jeg hevde at det riktignok er slik at et domstolspraksisbeskrivende vitenskapsideal kan fastholdes, uten at rettsvitenskapene må oppgi sine tradisjonelle aktiviteter med å drive rasjonell rekonstruksjon av rettssystemet, men bare hvis man oppgi Ross' premisser for et slikt ideal. I praksis var det, som jeg har påvist, det rettsvitenskapene gjorde allerede i Ross' samtid.

Min grunnantakelse om det overordnede forskningsidealet for rettsvitenskapere undermineres imidlertid ikke av denne grunn, jf argumentasjonen i avsnitt 2.3.1 foran i sin helhet. Tvert imot: enten rettsvitenskapere kun beskjeftiger seg med prognosestilling i Ross' ånd, eller vier seg til tradisjonelle rettsdogmatiske sysler, vil etterlevelsen av min grunnantakelse kunne holdes fram som etterstrebbelsesverdig, ikke bare på sjølstendig grunnlag, men også som en nødvendig betingelse for oppfyllelse av den metodologiske vitenskapelighetsnormen om argumentativt etterprøvable holdbarhet som jeg oppstilte i avsnitt 2.2 ovenfor.

2.3.4 Samlende synspunkter

Jeg har formulert, begrunnet og forsvart den vitenskapsteoretiske grunnantakelsen at det overordnede forskningsidealet for rettsvitenskapere må være å utøve verdi- og argumenttransparent forskningsaktivitet, det vil si å tydeliggjøre (i) verdimeslige forutsetninger, verdivalg og verdievaluerende synspunkter, og (ii) normforeskrivende elementer, i alle ytringer om gjeldende rett og den juridiske argumentasjonsteorien. Med dette har jeg besvart min andre vitenskapsteoretiske problemstilling om (i) det for norske rettsvitenskapere er overveiende grunner til å forkaste den skandinaviske rettsrealismens domstolspraksisbeskrivende vitenskapsideal; og, hvis svaret på (i) er ja, om (ii) det da er overveiende grunner til å oppstille et norm-

¹⁷² Ross rykket ut til forsvar for Eckhoff i et seinere *TfR*-nummer samme år (1974 s 329–32).

¹⁷³ Se nærmere om Stuer Lauridsens argumentasjon i avsnitt 2.2.3(6.2) ovenfor.

foreskrivende (normativt) vitenskapsideal for rettsvitenskapen; eller om (iii) skoen egentlig trykker et helt annet sted – som et behov for tydeliggjøring av verdipremisser og normforeskrivende elementer i forskningen.

Hensikten med idealet har vært å sette fornyet og forsterket lys på en lang linje i det 20. århundres vitenskapsteoretiske diskusjoner, nemlig utfordringene som melder seg i tilknytning til å bli klar over og synliggjøre verdiaspektene ved vitenskapelig aktivitet. I konfrontasjon med Ross' syn på verdienes status som kognitivt meningsløse er det mitt sentrale anliggende at grunnantakelsen skal berede grunnen for en mer omfattende, rasjonell diskusjon av verdiaspektene ved rettsvitenskapernes forskningsaktivitet. Et sentralt poeng er at grunnantakelsen ikke impliserer noe om hvilke verdipreferanser rettsvitenskapere bør ha. En tilslutning til idealet forutsetter heller ingen forkastelse av ethvert domstolspraksisbeskrivende vitenskapsideal, men impliserer bl.a. at Ross' skranke for hva vitenskapere kan beskjeftige seg vitenskapelig med (prognoseorien) *ikke* anses holdbar.

Idealet om verdifri, eller verdinøytral, forskning, forkastes som uholdbart, både forskningsetisk, vitenskapsteoretisk og rettsteoretisk, først og fremst pga rettsvitenskapens unike rolle som deltaker, dvs argumenttypeprodusent, i rettsanvendelsen.

Oppstilling av et normforeskrivende («nynormativistisk») ideal for rettsvitenskapen i konkurranse med mitt forskningsideal om verdi- og argumenttransparens forkastes som et blindspor for rettsvitenskapen – i det vesentligste fordi rettsvitenskapen i Skandinavia gjennom størstedelen av det 20. århundre faktisk har drevet med normforeskrivende forskningsaktivitet som ledd i tradisjonell rettsdogmatikk. Dermed er ikke en parole om å utøve normforeskrivende forskningsaktivitet egnet til å spissformulere det som er et grunnproblem i dagens rettsvitenskap, nemlig at verdiaspektene ved forskningen i altfor liten grad synliggjøres og problematiseres.

Den labre interessen for vitenskapsteoretisk og allment rettsteoretisk debatt blant norske rettsvitenskapere i Eckhoffs samtid bidro trolig til at hans rettspraksisfokusering så glatt fikk tilslutning blant jurister som har det praktiske rettslivs behov for øye. Men dette skjedde uten noen parallell og allmenn forkastelse av Augdahls fastholdelse av rettsvitenskapernes forpliktelse til å foreskrive det de anser som «riktige» løsninger på rettsspørsmål. Likevel er det nok en dekkende situasjonsbeskrivelse å hevde at et stort flertall av rettsvitenskapere i Norge i de siste tiåra har funnet seg vel til rette med den kompromissposisjon at Høyesteretts avgjørelser nok er 'gjeldende rett', men at det ikke dermed er avgjort at de også er de kvalitativt beste.

Sammenholdt med Webers, Mertons og Tranøys normative forventninger til vitenskapere innebærer min grunnantakelse en normativ forventning om en forsterket verdi- og argumenttransparens i rettsvitenskapelig forskning, uten at det i denne forventningen stilles noen krav til de konkrete forskningsresultatenes substans eller sannhetsgehalt. I denne forbindelse kan det være verdt å framheve ytringen til *Graver* 1998 (s 602 tredje av-

snitt) om at «den som ikler sine meninger vitenskapens autoritet, ikler seg kostyme og viser et falskt ansikt mot massene». Etterlevelse av min grunnantakelse vil være et effektivt virkemiddel mot slik ikledning i kostymer som Graver bekymret seg for.

Kapittel 3. To moralfilosofiske grunnantakelser

3.1 Innledning og problemstilling

3.1.1 Striden om koplinger mellom rett og moral fra oldtida til i dag – oversikt

(1) *Separasjonstese versus sammenhengstese i utenlandsk og norsk rettsteori*

Striden om koplinger mellom rett og moral, og framfor alt om sammenhengen mellom rett og rimelighet (rettferdighet), synes alltid å ha fulgt retten i vår del av verden. Det er utbredt både i kontinental og angloamerikansk rettsteori å rubrisere denne striden som et spørsmål om rett og moral er (bør regnes som) henholdsvis *separate* eller *sammenhengende* fenomener (systemer eller institusjoner), derav begrepsparet separasjonstese–sammenhengstese. Tilhengere av separasjonstesen *bestrider* (iallfall hovedsakelig) at moralsk kritikk av retten (rettsreglene og de rettslige institusjonene) er en rettslig relevant kritikk *innenfor* rettsordningen – moralen er ikke per se en relevant argumenttype. Tilhengere av sammenhengstesen hevder motsatt at moralsk kritikk av retten *er* rettslig relevant – moralen *er* en relevant argumenttype. Kortversjonen av striden er at separasjonsetilhengerne vant fram i vår kulturkrets mot slutten av opplysningstida (1700-tallet), og siden har rådd grunnen. Generelt kan det hevdes at separasjonstens utbredelse reflekterer den *differensiering av statsfunksjoner* som har preget moderniteten i vår kulturkrets, og som ikke bare innebar et brudd med middelalderens kirkestat, men at rettsvesenet ble organisert på et rasjonelt, og fra og med de borgerlige revolusjonene folkesuverenitetsbasert, grunnlag. Den tyske sosiolog Max Webers «Entzäuberung der Welt»-program la tidlig i det 20. århundre et teoretisk grunnlag for en slik differensieringsforståelse, noe Sand 1996 (s 65–70) har beskrevet nærmere.¹⁷⁴

Trass i denne realitet vil man neppe i noen rettsordning i vår kulturkrets finne noen lovbestemmelse eller uskreven rettsregel som uttaler at rett og moral er separate normsystemer. I den utstrekning separasjonstesen hevdes å ha rettslig forankring i vår rettsordning, må mao denne pretenderes å være som uskrevet argumentasjonsteori-prinsipp (rettskildeprinsipp) eller liknende, altså som metanorm om forutsetningene for den praktiske rettsanvendelsen. Spørsmålet om denne pretensjonen har noen realitet, tar jeg opp i avsnitt 3.1.3 nedenfor.

¹⁷⁴ Et annet aspekt ved Webers vitenskapsprogram, hans verdifrihetsideal, som også rammet moralens plass i jussen, har jeg gått inngående inn på i kapittel 2 avsnitt 2.3 foran.

Som moralfilosofisk tese kan verken separasjonstesen eller sammenhengstesen hevdes å ha privilegert status – de to motstridende posisjonene må etter min mening kunne underkastes samme type rasjonell kritikk som hvilke som helst moralfilosofiske posisjoner, erkjennelsesteoretisk, ontologisk eller moralfilosofisk.

I fortsettelsen er min hensikt å få fram noen av stridens nyanser, som opptakt til mine problemstillinger (i avsnitt 3.1.3), hvor grunnlaget for å fastholde separasjonstesen utfordres fra flere synsvinkler.

Ut fra siktemålet i dette kapitlet er det ikke nødvendig for meg å gå nærmere inn på sammenhengen, semantisk eller definisjonsteoretisk, mellom de åpenbart nært beslektede ordene «(u)rimelig» og «(u)rettferdig». I norsk lovspråk og rettspraksis er «(u)rimelig» fullstendig dominerende, men jeg tror ikke det ligger noen vesentlige innholdsmessige føringer i denne språkbruken. Snarere er det en nærliggende hypotese at nøkternhet blant lovgivere og rettsanvendere har gjort at den ene betegnelsen er svært mye brukt, mens den andre nesten ikke er i bruk i dagens norske rettsliv. I fortsettelsen følger jeg opp denne tradisjonen ved primært å bruke betegnelsen «(u)rimelig», men slik at jeg setter «(u)rettferdig» i parentes der det ut fra stilistiske betraktninger passer best. Noen innholdsmessig differensiering tilsiktes imidlertid ikke med denne vekslende språkbruken.

Keiser Justinians juridiske oppslagsverk «Corpus Iuris Civilis» fra 500-tallet innledes i andre del, «Digesta», med følgende proklamasjon av sammenhengstesen, som i dette verket tilskrives romerrettsjuristen Celsus:

«... ius est ars boni et aequi.»¹⁷⁵ (*Digesta*)¹⁷⁶ 1[. bok], 1[. fragment], 1[. tittel], 0[. setning]. Behrends m.fl. 1995 s 91.)¹⁷⁷

¹⁷⁵ Etter min latinkunnskap betyr denne setningen: «Retten er det godes og rimeliges kunst».

¹⁷⁶ Henvisningskonvensjonen ved sitering fra *Digesta* kan knapt hevdes å være noe rettsvitenskapere i Norge er fortrolig med, og jeg har derfor tilføyd forklarende klammeparenteser, basert på opplysninger hos *Anners* 1983 (s 82 andre avsnitt), som bekreftes i bind II av *Behrends m.fl.* 1995 (s XIII note 6), se nærmere omtalen av dette verket i neste fotnote. Sitatet er fra den første setningen under 1. tittel, som ikke har noe setningsnummer. Nummereringen starter først i andre setning, men da med arabertall 1, trass i at dette altså reelt er andre setning. Enkelt skal det ikke være, og jeg har da også sett sitater av denne devisen feilangitt som stående i 1. setning i flere arbeider. For å avverge misforståelser mht setningsnummereringen har jeg valgt å nummerere setningen som 0. setning.

¹⁷⁷ *Digesta*, som betyr samling eller utvalg, og er den mest ruvende delen av *Corpus Iuris Civilis*, har gjennom tidene også vært kjent under den latinske skriveformen av dens greske oversettelse, «*Pandektæ*». På Justinians tid var bokstaven «j» visstnok ennå ikke tatt i bruk i det latinske alfabetet. Purister ville derfor ha nyttet «i» både i keiserens navn og i lovboka som bærer hans navn. Jeg velger imidlertid å holde meg til den skrivemåten som synes å være vanlig i vår tid. Justinians oppslagsverk, den mest komplette tilgang til romerrettslige tekststudier og fortsatt en søyle i juristarbeid til alle tider, er i fullstendig utgave overraskende vanskelig tilgjengelig for norsk-, engelsk- eller tyskkyndige lesere i dag. Mest kjent i moderne tid er vel tyskerne Theodor Mommsens og Paul Krügers kommenterte fire binds utgave (paralleltekst på latin og tysk) av oppslagsverket, førsteutgave fra 1870. En fem binds nyoversatt utgave ble påbegynt i Tyskland i 1990, under redaksjon av Okko Behrends m.fl. Hittil har det utkommet fire bind, det siste i 2005. Sitatet her er gjengitt fra denne tyske utgaven. En engelsk utgave (parallel tekst på latin og engelsk), også den basert på Mommsens og Krügers arbeid, ble utgitt i 1985 i fire bind. Blant norske juristers ytterst fåtallige arbeider om *Corpus* framheves Halvor Manshaus: «Renessansen som unnfanget *Corpus Iuris Civilis* : Keiser Justinians gjenerobring av Romerriket», Oslo: Unipub 2005, Complex nr 1/2005.

En tilsvarende forpliktelse på den indre sammenheng mellom rett og moral hadde allerede Augustin (354–430) formulert, som oldtidskirkens syn om at verdslig lovgivning ikke definitorisk er moralsk. Og det samme synet ble for høymiddelalderkirkens del formulert av Thomas Aquinas (1225–74). Det er fra disse tenkerne vi har maksimen «lex iniusta non est lex», dvs «urettferdig rett er ikke rett». I «Summa Theologicae» ga Aquinas følgende, toleddete begrunnelse av sitt standpunkt om at den verdslige retten, i motsetning til den guddommelige, var underordnet den enkeltes samvittighet overfor Gud:¹⁷⁸

«... laws may be unjust in two ways: first, by being contrary to human good ... – either in respect of the end, as when an authority imposes on his subjects burdensome laws, conducive, not to the common good, but rather to his own cupidity or vainglory – or in respect of the author, as when a man makes a law that goes beyond the power committed to him – or in respect of the form, as when burdens are imposed unequally on the community, although with a view to the common good. The like are acts of violence rather than laws; because, as Augustine says (De Lib. Arb. i, 5), “a law that is not just, seems to be no law at all.” Wherefore such laws do not bind in conscience, except perhaps in order to avoid scandal or disturbance, for which cause a man should even yield his right, according to Mt. 5:40,41: “If a man ... take away thy coat, let go thy cloak also unto him; and whosoever will force thee one mile, go with him other two.”

Secondly, laws may be unjust through being opposed to the Divine good: such are the laws of tyrants inducing to idolatry, or to anything else contrary to the Divine law: and laws of this kind must nowise be observed, because, as stated in Acts 5:29, “we ought to obey God rather than man.”» (Aquinas 2003 I–II [prima secundae partis] spørsmål 96 avsnitt 4.)

Sammenhengstesens var ikke en unik tradisjon konsipert av Augustin og Aquinas. For her å begrense meg til en førkristen norrøn kontekst, er det lite trolig at man i den eldste norrøne sedvaneretten skilte begrepslig mellom rett og moral overhodet. En «lovbrigdar», dvs den som bøyde eller tøyde lovene, var i norrøn tid ikke bare en forbryter og tyrann (*K. Robberstad* 1972 s 144 flg pkt 3). I et sammenhengteseperspektiv var lovbrigdaren også en som forsøkte å stjele folkets kollektive minne, slik det ble holdt levende bl.a. av lovsigemennene på tingene.

Trass i sammenhengstesens sterke posisjon i den katolskinfluerte verden i høymiddelalderen, synes separasjonstesens å ha vunnet fram og overtatt hegemoniet i moral- og rettsfilosofien da opplysningstida brøt igjennom. I kontinental rettsteori knyttes separasjonstesens til den tyske opplysningstidas banebryter, Christian Thomasius (1655–1728), se nærmere *Röhl* 1994 (s 288–89). I angloamerikansk rettsteori er det John Austin (1790–1859) som tidligst og mest markant slo an separasjonstesens. Han siteres oftest for følgende fyndord:

¹⁷⁸ Her gjengitt i engelsk oversettelse fra den latinske originalen – tilgjengelig på nettet – se litteraturreferansene.

«The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. ...» (Austin 1995 s 157 tredjesiste avsnitt.)

Det er nok bestemt ingen tilfeldighet at det norske substantivet «rettferdighet» allerede i etymologisk forstand er avledet av substantivet «rett» (samt at adjektivet «rett» har hovedbetydningen «riktig»), på samme måte som på latin: «iustitia og «ius» og tysk: «Recht» og «Gerechtigkeit». På fransk er de etymologiske parallellene like tydelige, men gjennom en substantiv-adjektiv-kombinasjon: jf henholdsvis «justice» og «juste». På engelsk har det fra germansk avledete ordet for lov, «law», vunnet kampen om å få betegne retten, mens rettferdigheten betegnes gjennom det latinske ordet for rett, «justice». At de nevnte ordparene i de respektive land har vært regnet for iallfall å ha et delvis overlappende begrepsinnhold så langt bakover vår skrevne historie går, må være ubestridelig.

Derimot har det vel aldri vært full overensstemmelse i noe rettssamfunn mellom rett og rettferdighet, jf ordtaket «Fiat iustitia, pereat mundus!»¹⁷⁹.

Sett med dagens øyne kan det være mest interessant å reflektere over at ordet «iustitia» (rettferdighet) ble brukt i dette ordtaket istedenfor «ius» (rett). Med ordvalget synes opphavspersonen – som ifølge Eckhoff 1989b (s 7 tredje avsnitt) trolig var Augustin – å ha satt (definitorisk) likhetstegn mellom rett og rettferdighet. Og dét er vel nærmest en negasjon av en mer plausibel tolkning av maksimen, nemlig: «Retten må skje fyllest, uansett hvor urimelige konsekvensene er!». Den omvendte tolkningen, at et rettferdig domsresultat gjerne måtte lede til verdens undergang, har jeg store problemer med å akseptere som maksimens opprinnelige mening – og er under enhver omstendighet ikke et syn jeg vil skrive under på.

Når man i en norsk rettsvitenskapelig kontekst tar opp spørsmålet om sammenhengen mellom rett og moral, er det for øvrig umulig å komme utenom følgende utsagn fra Johs. Andenæs' rettspolitiske «testament» – «Straffen som problem»:

«Min forgjenger som professor i strafferett, Jon Skeie, uttalte at når man har gransket den offentlige strafferett gjennom tidene, kunne man være fristet til å si at de fleste og groveste misgjerninger er øvet av offentlige myndigheter i rettens navn. Da jeg leste dette som student, tenkte jeg at det måtte være en stor overdrivelse. I dag tror jeg han hadde rett.» (Andenæs 1994 s 10 nest siste avsnitt.)

Andenæs' utsagn er interessant først og fremst fordi det så klart synliggjør den faktiske sammenhengen mellom rett og moral. Men som jeg kommer tilbake til straks nedenfor, kan det like gjerne tas til inntekt for separasjonstestens som for sammenhengstestens holdbarhet.

Tilsvarende synspunkter ble om lag samtidig ført i pennen av den amerikanske rettsfilosofen David Lyons i forordet til essaysamlingen «Moral Aspects of Legal Theory»:

«If this volume has a dominant theme, it is a *lack* of reverence for the law. The law to which I refer is not some sanitized ideal but rather what counts as law in real legal sys-

¹⁷⁹ I min oversettelse fra latin: «La rettferdigheten gå sin gang, om så verden går til grunne!»

tems. As far as I can see, those bodies of law have merely contingent, indeed fragile, links with justice.» (Lyons 1993 s ix andre avsnitt.)

Også Lyons' utsagn illustrerer, på samme måte som Andenæs' rett ovenfor, at man uavhengig av syn i striden mellom separasjonstese og sammenhengstese, kan ha et nokså nøkternt syn på en aktuell rettsordnings faktiske moralske gehalt.

Hva er det så som er karakteristisk ved striden mellom tilhengere av separasjonstesen og sammenhengstesen? Det enkleste er å starte med å påpeke noe som ikke ubetinget skiller de to flokkene: tilhengerne av separasjonstesen kan på ingen måte tas til inntekt for det syn at den enkelte har en ubetinget moralsk plikt til å følge loven. Tvert om – ikke bare den foran siterte John Austin, men mange av de ledende positivistisk influerte rettsteoretikerne i det 20. århundre – som f.eks. Kelsen og Hart, se straks nedenfor – var sylklare på det standpunktet at separasjonstesen åpner for en mer kraftfull kritikk av retten på et moralsk grunnlag enn det de mente at sammenhengstesen åpner for.

Vanskelighetene i forhold til de siste 100 års rettsteori begynner imidlertid når man forsøker å forstå at tilslutning til separasjonstesen innebærer en påstand om at rettsordningen og moralordningen *begrepsmessig* (dvs gjennom definisjonen av begrepet 'rett') er separate systemer. Dermed regnes det å kritisere en rettsregel for å være umoralsk, som en moralsk kritikk, ikke en rettslig kritikk, av den aktuelle rettsregelen. Separasjonstesen forstått på denne måten betyr altså at den moralske kritikken av retten er ekstern (er en tilskuer-kritikk), mens sammenhengstesen forstått på denne måten betyr at den moralske kritikken av retten er intern (er en deltaker-kritikk), dvs at moralske argumenter anvendes på lik linje med andre relevante argumenttyper innenfor vedkommende rettsordning.

Kelsen og Hart, det 20. århundres ledende rettspositivister, forsvarte hver på sin måte separasjonstesen:

Kelsen var den av de to som var mest ytterliggående i fastholdelsen av separasjonstesen: I andreutgaven av «Reine Rechtslehre» (1960) hevdet han at en rettsnorm som er forankret i vedkommende rettssystem «grunn-norm», kan ha et hvilket som helst innhold:

«... Eine Rechtsnorm gilt nicht darum, weil sie einen bestimmten Inhalt hat, das heißt: weil ihr Inhalt aus dem einer vorausgesetzten Grundnorm im Wege einer logischen Schlußfolgerung abgeleitet werden kann, sondern darum, weil sie in einer bestimmten, und zwar in letzter Linie in einer [s 201] von einer vorausgesetzten Grundnorm bestimmten Weise erzeugt ist. Darum und nur darum gehört sie zu der Rechtsordnung, deren Normen dieser Grundnorm gemäß erzeugt sind. Daher kann jeder beliebige Inhalt Recht sein. Es gibt kein menschliches Verhalten, das als solches, kraft seines Gehalts, ausgeschlossen wäre, Inhalt einer Rechtsnorm zu sein. ...»¹⁸⁰ (Kelsen 1960 s 200 siste avsnitt flg.)

¹⁸⁰ På norsk, i min oversettelse: «... En rettsnorm er ikke gjeldende av den grunn at den har et bestemt innhold, dvs: at dens innhold kan bli utledet av innholdet til en forutsatt grunnnorm gjennom en lo-

Hart derimot tok allerede i førsteutgaven av «The Concept of Law» (1961)¹⁸¹ avstand fra Kelsens spissformulering. Hart tok isteden som utgangspunkt at ethvert rettssystem måtte oppfylle et moralsk minstemål for å være overlevelsedyktig – eller som det het i avsnittsoverskriften: ha et «Minimum Content of Natural Law» (Hart 1961 s 189–95). Hart ga fem stikkord for hva han mente med dette minimumsinholdet:

- (1) *Human vulnerability*. Under dette stikkordet framhevet Hart at et forbud mot drap og legemsbeskadigelse i all rett og moral anses nødvendig for samfunnslivet.
- (2) *Approximate equality*. Under dette stikkordet framhevet Hart verdien av at rettssystemet behandler alle – kjemper så vel som pygmeer – som tilnærmet likeverdige.
- (3) *Limited altruism*. Under dette stikkordet hevdet Hart at menneskene verken er djevler eller engler mot hverandre, og at dette både nødvendiggjør og muliggjør et rettssystem av gjensidige bånd («forbearances»).
- (4) *Limited resources*. Under dette stikkordet hevdet Hart at ethvert samfunn må ha et minimum av rettsregler om beskyttelse, statisk og dynamisk, av eiendom og andre nødvendighetsartikler, herunder tilrettelegge for arbeidsdeling og tillitsskaping som vilkår for vareutveksling.
- (5) *Limited understanding and strength of will*. Under dette stikkordet hevdet Hart at det var en naturlig nødvendighet («natural necessity») at rettssystemet inneholdt sanksjoner, ikke for å motivere til lovydighet, men som garanti mot at de som følger rettsreglene frivillig ikke skal bli ofret til fordel for dem som ikke gjør det.

I andreutgaven av «The Concept of Law», utgitt posthumt i 1994, betegnet Hart i et nytt etterord sin versjon av rettspositivismen som *myk positivisme* («soft positivism»). Som imøtegåelse av amerikaneren Ronald Dworkins standpunkt om at dommers utsagn om moralspørsmål har sannhetsverdi («objective standing»), altså at dommere – og dermed alle andre – kan ha kunnskap om moralske fakta,¹⁸² hevdet Hart følgende:

«... For whatever the answer is to this philosophical question, the judge's duty will be the same: namely, to make the best moral judgment he can on any moral issues he may have to decide. ...» (Hart 1994 s 254 første avsnitt.)

Både Kelsen og Hart understreket meget klart at det var nødvendig å underkaste rettsordningen en moralsk kritikk. De mente imidlertid begge at rettsvitenskapen fikk større armslag for en slik kritikk ved å definere kritik-

gisk slutningsrekkefølge, men er gjeldende av den grunn at den har blitt dannet på en bestemt måte, og i siste instans slik som forutsatt av en grunnorm. Derfor og bare derfor tilhører rettsnormen rettsordningen, hvis normer er dannet i samsvar med denne grunnormen. Derfor kan hvilket som helst ønsket innhold være rett. Det fins ingen menneskelig handling som sådan, som i kraft av sitt innhold kan utelukkes fra å være omfattet av en rettsnorm.»

¹⁸¹ Se bokas kapittel IX «Laws and Morals».

¹⁸² Mer om et slikt standpunkt som Dworkin er kjent for, som innebærer å posisjonere seg som kognitivist i moralfilosofisk forstand, i avsnitt 3.1.2(1) nedenfor.

ken som moralsk, istedenfor som rettslig. Under overskriften «Legal validity and moral value» knyttet Hart (1961 s 195–207; 1994 s 202–12) trådene til den renessanse motstandsrettsdoktrinen hadde fått i vesttysk rett etter 1945¹⁸³, og sammenfattet sin argumentasjon med følgende ord:

«A concept of law which allows the invalidity of law to be distinguished from its immorality, enables us to see the complexity and variety of these separate issues; whereas a narrow concept of law which denies legal validity to iniquitous rules may blind us to them. ...» (Hart 1961 s 207 andre avsnitt; 1994 s 211 siste avsnitt.)¹⁸⁴

Er det etter dette raske overblikket i det hele tatt mulig å formulere hva som karakteriserer separasjonsetilhengere som Kelsen og Hart sammenholdt med eldre tiders sammenhengsetilhengere – når det kommer til de *praktiske* konsekvensene, dvs konsekvensene for *faktisk rettsanvendelse* av henholdsvis den første og den andre rettsteoretiske posisjonen? Harvard-professoren Lon L. Fuller formulerte sjøl et velkjent svar på et slikt, tenkt spørsmål. Fuller var på 1950- og 1960-tallet den toneangivende kritiker av separasjonsetesen som var rådende innenfor den amerikanske rettsrealismen. I «The Morality of Law» (1969 s 46–94) lanserte Fuller åtte krav til det han betegnet som «the Inner Morality of Law». Disse kravene kan sammenfattes slik:

- (1) *The Generality of Law*: Under denne overskriften tok Fuller sikte på å fastholde et forbud mot *singulær* lovgivning, altså et forbud mot lovgivning som i realiteten var kamuflerte enkeltvedtak, og slik krenket både prinsippet om likhet for loven og maktfordelingsprinsippet mellom den lovgivende og utøvende statsmakt. Dansk høyesteretts dom i Tvind-saken, *UfR* 1999 s 841 H, er et sjeldent illustrerende eksempel på hva Fuller trolig har ment.
- (2) *Promulgation*: Under denne merkelappen oppstilte Fuller et krav om kunngjøring av lovene.
- (3) *Retroactive Laws*: Med disse ordene oppstilte Fuller et forbud, men bare i utgangspunktet, mot tilbakevirkende lover.
- (4) *The Clarity of Laws*: Dette var stikkord for et krav om lovbestemmelers klarhet.
- (5) *Contradictions in the Laws*: Under denne merkelappen skisserte Fuller noen retningslinjer for harmonisering av motstridende rettsregler.
- (6) *Laws requiring the Impossible*: Lovbestemmelser som stilte umulige krav, kunne ikke anerkjennes som rettsregler.

¹⁸³ Denne renessansen knyttes til den tyske rettsteoretiker og sosialdemokratiske politiker Gustav Radbruch, og innebærer bl.a. en rett til å motsette seg utøvelsen av ekstremt urettferdig justis. I Tysklands grunnlov art 20(4) er en variant av motstandsrettsdoktrinen inntatt – på bakgrunn av de dårlige erfaringene fra nazitida – som en rett for hver enkelt til å gjøre motstand mot enhver som forsøker å omstyrte den tyske rettsordningen.

¹⁸⁴ Se ellers *Peczenik* 1995 (s 111 flg om Kelsen; og s 122 flg om Hart) for en instruktiv introduksjon til disses forsvar for separasjonsetesen.

- (7) *Constancy of the Law through Time*: Med denne formuleringen ønsket Fuller å tydeliggjøre et krav om forutberegnelighet fra borgernes ståsted mht egen rettighets- og pliktposisjon.
- (8) *Congruence between Official Action and Declared Rule*: Dette var stikkord for bl.a. et krav om forsvarlig saksbehandling i forvaltningen.

Fullers åtte krav til rettens indre moralitet var ikke ledsaget av noen klargjøring av de erkjennelsesteoretiske eller ontologiske forutsetningene han bygde på. Ikke overraskende ble det da en enkel sak for Hart å innvende mot Fuller at hans åtte krav ikke var moralske krav til retten i det hele tatt, men derimot eksempler på uskrevne, men likevel positiverte rettsprinsipper, felles for siviliserte stater.

Rekken ellers av rettsteoretikere som har deltatt i debatten mellom Hart og Fuller er meget lang, men jeg kan ikke her gå dypere ned i debatten. Til videre lesing framheves David Lyons: «The Internal Morality of Law», i *Proceedings of the Aristotelian Society* 1970–71 (71) s 105–19, gjenoptrykt i Lyons 1993 (s 1–12).

Etter denne omveien til Fullers posisjon kan jeg vende tilbake til den innledende klargjøringen av hva henholdsvis tilslutning til separasjonstese og sammenhengstese betyr for praktisk rettsanvendelse, og forsøke å tydeliggjøre forskjellen:

Tilslutning til separasjonstesen innebærer å definere¹⁸⁵ den moralske kritikken av retten som moralsk (ekstern), noe som kan innebære to ting:

- (a) enten å anerkjenne at en moralsk kritikk av retten (i) er en «godhetsvurdering» eller et liknende «reelt hensyn», og dermed har status som relevant argumenttype, som (ii) etter omstendighetene kan tillegges betydelig vekt, men hvor rettsanvenderen står nokså fritt hva angår egenvektingen og harmoniseringen mot andre argumenttyper;
- (b) eller – dersom den moralske kritikken etter (a) foran ikke tillegges avgjørende vekt som reelt hensyn i en konkret sak – å anerkjenne den moralske kritikken som rettspolitisk (som de lege ferenda-kritikk);

Tilslutning til sammenhengstesen derimot innebærer å definere den moralske kritikken som rettslig (intern), noe som innebærer å anerkjenne at en moralsk kritikk av retten (i) har status som relevant argumenttype, som (ii) etter omstendighetene må tillegges avgjørende vekt.

Den avgjørende forskjellen mellom de to posisjonene i et norsk rettsanvendelsesperspektiv vil etter dette kunne hevdes å være at de moralske hensyn for separasjonsetilhengerne som utgangspunkt ikke er tungtveiende, mens de derimot for sammenhengsetilhengerne vil være det. I de mange og praktisk viktige situasjonene hvor det foreligger lovbestemmelser eller uskreven rett (rettspraksis og sedvanerett) som gjør de moralske hensyn –

¹⁸⁵ Definisjonen her blir en valgt, normforeskrivende definisjon, se nærmere om definisjonsteorispørsmålene i kapittel 1 avsnitt 1.3.1–1.3.3 foran.

typisk rimelighetsbetraktninger – til det sentrale rettsanvendelsesskjønns-temaet, vil forskjellen mellom de to posisjonene trolig bli liten.¹⁸⁶

Flere og flere rettsteoretikere i vår kulturkrets har i de siste tiåra forsøkt å rydde plass for anerkjennelse av iallfall en «sektoriell» sammenheng mellom rett og moral på visse livs- eller rettsområder. Et eksempel på slik argumentasjon ga *Frederik Harhoff* i sin doktoravhandling «Rigsfællesskabet» (1993), en studie av det forfatningsrettslige forholdet mellom Danmark og Grønland. Harhoff la til grunn at det i dansk rett eksisterer en «etisk værdinorm om beskyttelse af indfødte folks kultursamfund» (s 28 første avsnitt). Et annet eksempel ga *Kjell Å. Modéer*, som i artikkelen «Law and Religion: Rätt och religion» (2004) hevdet at tanker om en religiøs forankring av staten har fått en viss vind i seilene i nordamerikansk rettsvitenskap.

Aleksander Peczenik gikk i «Vad är rätt?» (1995) langt i å forsvare sammenhengstesen på generelt grunnlag. Peczenik hevdet at ethvert rettssystem må oppfylle visse etiske minimumskrav som kan diskuteres rasjonelt, uten at kravene kan avklares én gang for alle, og uten at man av denne grunn må forankre disse minimumskravene i en naturrettsfilosofi (1995 s 200 andre avsnitt). Peczenik baserte sin egen oppfatning av koplinger mellom rett og moral i det han betegnet som et «preferensutilitaristisk antagande om etikens mål» (bl.a. s 455 avsnitt E6, jf s 453 avsnitt E), som han mente har forankring i kulturarven (s 466 flg).

I et seinere arbeid eksemplifiserte Peczenik sitt kulturarvbegrep slik:

«... [T.]ex. följande principer och respektive värden ingår i vårt kulturarv: rättssäkerhet; likhet inför lagen; culparegeln; pacta sunt servanda; principen att båda parter måste höras i en juridisk process; den straffrättsliga legalitetsprincipen; ... Dessa principer har inte skapats av svensk lagstiftning utan de återkommer gång på gång i olika rättssystem sedan romarrikets tid. De positiva rättsordningarna tolkar dem olika och kan då och då sätta sig över dem. Men om principerna åsidosätts helt kommer historiens dom förr eller senare – över Caligula och Nero, över Hitler och Stalin.» (*Peczenik* 1998–99 s 467 første avsnitt.)

Peczeniks syn innebærer etter en velvillig lesning at de moralfilosofiske føringene for rettsanvendelsen må regnes som juridisk argumentative – rettsordningsinterne – krav til rettsanvendelsen, ikke bare som rettsordningseksterne moralske krav til den. *Peczenik* 1998–99 understreket også at en dommer i visse tilfelle må tolke loven mot sin egen overbevisning. En god dommer forstår at han har plikt til å anvende loven så langt det går, også om han kanskje ville ha kritisert denne loven utenfor domstolen. Men det går en grense – ved de ekstremt uetiske lovene (s 470 fjerdesiste avsnitt flg). Peczeniks ordvalg her synes å innebære en tilslutning til Gustav Radbruchs såkalte urettferdighetsformel fra 1948, om at en ekstremt urettferdig

¹⁸⁶ Jeg dokumenterer en god del slike uttrykkelige koplinger mellom rett og moral i vår rettsordning i avsnitt 3.2.2 nedenfor.

rettsregel ikke kan godtas som 'rett' – underforstått i art 20(4), den såkalte motstandsrettsformelen, i Vest-Tysklands grunnlov av 1949.

De friskeste angrepene mot separasjonstesens fra skandinavisk rettsteoretikerhold i de siste tiåra har nok kommet fra Danmark. Først ut var *Peter Høilund*, som i «Den forbudte retsfølelse» (1992) hevdet at retten skapes av ideen om det gode liv, og at all lovbasert rettsanvendelse måtte betraktes som skapende rettsanvendelse forankret i denne ideen (s 161–69).¹⁸⁷ Høilunds posisjon, som helt overså de skrankene som rettstradisjonen (dvs rettsordningen forstått som institusjonelt faktum) setter for rettsanvendernes tolkingsfrihet, vakte rimeligvis mye motbør i et land hvor rettsanvenderne ikke har vært så fortrolige med bruken av argumenttypen «sagens natur» som man i Norge har vært med bruken av «reelle hensyn». *Henrik Palmer Olsen* førte i sin ph d-avhandling «Rationalitet, ret og moral» (1997) debatten om sammenhengen mellom rett og moral inn i smulere farvann, ved å ta til orde for å anvende den nordamerikanske moralfilosofen Alan Gewirths angivelig logisk begrunnbare prinsipp om generisk konsistens som målestokk for rettsordningens moralitet.¹⁸⁸

*

Et grunnleggende paradoks i norsk rettslivs tilnærming til koplingen mellom rett og moral er at moralske argumenter gjennom store deler av det 20. århundre ikke bare har vært tolerert, men har vært brukt aktivt som argument under rettsanvendelsen – vanligvis under betegnelsen «reelle hensyn» – trass i at rettsvitenskapere også i Norge i det store og hele har vært enige om at separasjonstesens er gjeldende rett. Dette paradokset har blitt særlig tydelig gjennom innflytelsen som Eckhoffs «Rettskildelære» har utøvd på flere generasjoner rettsvitenskapere, en innflytelse som jeg går nærmere inn på i avsnitt (2) straks nedenfor.

I norsk rettsteori gjennom de siste vel 100 åra vil jeg våge å hevde at den seinere professor og høyesterettsjustitiarius Herman Scheels prøveforelesning over sjølvalgt emne for den juridiske doktorgraden i 1892, «Om Rettens Grund som Udgangspunkt for Læren om Retskilderne», trykt i *TfR* 1907 (20) s 249–62, med sin usminkete tilslutning til samfunnsnyttens målestokk for en legitim tolking og anvendelse av retten, synes å framstå som den mest typiske representant for en før-eckhoffiansk holdning til separasjonstesens. Mao en posisjon som i motsetning til den rettsrealistiske i Eckhoffs tapning, underlegger rettsbegrepet en moralsk tolkingsramme, gjennom å la samfunnsnyttens være ledestjernen for rettsanvendelsen.

¹⁸⁷ Boka, som forgoes ble forsøkt godkjent for ph d-graden, fikk mye pepper i det danske rettsvitenskapermiljøet, ikke bare fra de som nærmest av ryggmargsrefleks forsvarte Ross' versjon av separasjonstesens, men også av en fordomsløs rettsteoretiker som Jørgen Dalberg-Larsen, se hans anmeldelse i *Juristen* 1993 (75) s 42–48. Se også *Bergo* 2002 (s 910–916) som gikk hardt ut mot Høilund, men hovedsakelig basert på et seinere og atskillig kortere arbeid, *Høilund* 1995.

¹⁸⁸ Jeg kommer tilbake til Gewirths moralfilosofi i avsnitt 3.3.2(2) nedenfor.

Samfunnsnytttemoral, som vanligvis betegnes som utilitarisme¹⁸⁹ i moralfilosofien, har (i reindyrket form) ikke plass til overveielser omkring den konkrete rimeligheten (rettferdigheten) av en rettsavgjørelse for sakens parter. Tvert imot åpner denne retningen for å ofre enkeltindividet på «felles-skapets» alter.

Samfunnsnyttetenkningen, som synes å ha vært en toneangivende moralfilosofisk plattform ikke bare i norsk¹⁹⁰, men også i svensk¹⁹¹ og dansk rettsvitenskap¹⁹² i mellomkrigstida, svant hen etter andre verdenskrig, pus-sig nok parallelt med at samholdet i det norske samfunnet kanskje var sterkere enn noen gang. Ross 1953 (s 375–84) avlivet vel den siste rest av tilslutning til en slik konsekvensialistisk moralfilosofisk forankring av rettsanvendelsen. Moralske krav til retten var i de første tiåra etter 1945 åpenbart ikke sentralt i fokus for det store flertallet av norske rettsvitenskapers. Frede Castberg var på 1960-tallet som nesten enslig svalg i norsk rettsvitenskap en klar eksponent for et motsatt syn på forholdet mellom rett og moral av det som Kelsen, de skandinaviske rettsrealistene og Hart sto for – hans kollega Carl Jacob Arnholtz var vel den andre svalen.¹⁹³ I et foredrag ved Dommerforeningens 50-årsjubileum uttalte Castberg bl.a.:

«Enhver maktordning som fortjener å kalles en rettsordning, tar sikte på å realisere noe som ansees for riktig og rettferdig.» (Castberg 1962 s 153 første spalte første avsnitt.)

Noen år seinere, i artikkelen «Menneskerettighetene, Grunnloven og domstolene», hevdet han bl.a.:

«En kjerne av rett må vi tro er gyldig som “riktig” rett for alle. Vel er det så at all rett og samfundsordning nødvendigvis må preges av tid og sted. Men i hvert fall når det gjelder den vestlige verden i dag, vil vår “naturrett” omfatte rettsstat, ytringsfrihet, demokrati og fair rettspleie. ... Jeg kan ikke godta at det skulle kunne være riktig i noe samfund, til noen tid, å iverksette folkemord eller å bruke tortur i rettspleien.» (Castberg 1965 s 390 fjerde avsnitt.)

¹⁸⁹ Av latin: *utilitas*, nytte, se Mørland 1965 (s 669).

¹⁹⁰ Slik ifølge Eckhoff 1989b (s 7 siste avsnitt flg), som supplerte med at i hans egen studietid – i 1930-åra – ville «[i]ngen nordisk jurist med respekt for seg selv ... ta ordet rettferdighet i sin munn». Typiske representanter for samfunnsnyttetenkningen var Fredrik Stang og Ragnar Knoph.

¹⁹¹ Vilhelm Lundstedt, den sentrale rettsvitenskapelige pioneren i Uppsala-skolen, klarte det kunststykket å kombinere sin læremester Hägerströms sylskarpe emotivistiske moralfilosofi, som inkluderte en klar front mot all naturrettlig forankring av rettsbegrepene, med et like sterkt forsvar for samfunnsnyttemoralen (Strömholm 1996 s 102 andre avsnitt). Lundstedts forsvar for samfunnsnyttemoralen hadde hans elev Alf Ross svært liten sans for (Dalberg-Larsen 2006 s 57 tredje avsnitt), noe jeg tar opp i brødteksten straks nedenfor.

¹⁹² Se Evald 2005 (s 304–7) for den dominerende mellomkrigsrettvitenskaper Frederik Vinding Kruses syn.

¹⁹³ Se f.eks. Arnholtz artikkel «Naturrecht, Widerstandsrecht und Widerstandspflicht» (1963). Vurderingen her er for øvrig malt med brei pensel – Harald Ofstad (1920–94) bør også nevnes, fordi han startet sin akademiske karriere som rettsvitenskaper, men raskt viet seg til retts- og moralfilosofien. Fra 1955 til 1987 var han professor i praktisk filosofi ved Stockholms universitet.

Om interessen for sammenhengen mellom rett og moral skrantet i norske rettsvitenskaperkretser i de tidlige etterkrigsåra, er det likevel grunn til å framheve at det fantes høyt profilerte personer ellers i rettslivet som trakk slike perspektiver fram til debatt. Jeg tenker først og fremst på høyesterettsjustitiarius Terje Wold, som i et bidrag i festskriftet til Frede Castbergs 70-årsdag (*Wold* 1963) gjorde seg til talsperson for det syn at EMK allerede måtte regnes som gjeldende rett i Norge. Å hevde et slikt syn i 1963 – som trolig den første person i Norge, iallfall innenfor det juridiske parnass – krevde ikke bare juridisk argumentativ djervhet; det var også et tolkingsstandpunkt med klare moralfilosofiske implikasjoner.¹⁹⁴

(2) *Særskilt om Eckhoffs Ross-inspirerte støtte til separasjonsteser*

Innenfor rammene til den skandinaviske rettsrealismen må det kunne hevdes å ha vært et *dogme* at begrepsmessige koplinger mellom rett og moral ikke trengs for å opprettholde rettsordningens legitimitet. At Eckhoff også sluttet seg til dette synet, kommer etter min mening klart fram på en rekke steder i hans arbeider. Men samtidig var Eckhoff mer enn noen annen norsk metodeteoretiker den som gjorde moralske vurderinger *stuerne* som «reelt hensyn» under rettsanvendelsen. Før jeg tar for meg Eckhoffs paradoksale «ja» til både separasjonsteser og de reelle hensyn, er det nødvendig å starte med noen ord om hans forbilde Ross.

Ross' avvisning av begrepsmessig sammenheng mellom rett og moral, dvs hans tilslutning til den separasjonstese som jeg tok for meg i foregående avsnitt, var forankret dels i Axel Hägerströms emotivistiske moralfilosofi, hvoretter moral- og rettsbegrepene ble frakjent kognitiv mening og bare ble regnet for å ha følelsesmessig mening, dels i den logiske positivismens empiristiske meningsteori. Denne teoretiske tilnærmingen var for Ross' del parret med et klart engasjement for en rettferdig rettsorden, jf følgende, nærmest klassiske formulering i «Om ret og retfærdighed»:

«... Samtidig med at rubricere en vis orden som en 'retsorden' kan jeg anse det for min høyeste moralske opgave at omstyrte denne orden. ...» (*Ross* 1953 s 44 første avsnitt.)

I artikkelen «Naturret contra retspositivisme» utkrystalliserte Ross sitt syn på moralens betydning for retten i følgende tese: «der ... gives [ikke] nogen etisk erkendelse» (1963 s 504 siste avsnitt). Dette utsagnet karakteriserer svært tydelig hans vedholdende tilslutning til emotivisme-posisjonen i moralfilosofien. Ut fra Ross' rettsavgjørelsesfokusering, var det helt logisk å konkludere med at

¹⁹⁴ Dette spørsmålet kommer jeg tilbake til i forbindelse med begrunnelsen for min andre moralfilosofiske grunnantakelse i avsnitt 3.3.1 nedenfor.

«... retten er et faktum; og at dette faktum er og bliver hvad det er, hvad enten vi kan lide det eller ej, hvad enten det er i harmoni eller modstrid med en antaget naturrets evige prinsipper.*» (Ross 1963 s 506 siste avsnitt.)

I likhet med Ross sondret Eckhoff skarpt mellom på den ene siden fastholdelsen av separasjonstenen mellom rett og moral, og på den andre siden den moralske forpliktelsen til å ta avstand fra umoralske lovbestemmelser. En klar (kanskje den klareste) formulering av Eckhoffs forsvar for den moralske retten til å bryte loven, står i artikkelen «Er det noen gang riktig å bryte loven?», i *JV* 1970 (5) s 87–94, hvor jeg har hentet følgende spissformulering

«At det kan forekomme situasjoner hvor det er moralsk forsvarlig å bryte en lov, står for meg som en selvfølge. ...» (Eckhoff 1970 s 88 tredjesiste avsnitt.)

Det hører med til kjernekunnskapen hos flere generasjoner norske jurister som har hatt én av de tre utgavene av Eckhoffs «Rettskildelære» som pen-sum, at han som *juridisk metodeoretiker* var en talperson for å la resultatets godhet – og dermed dets eventuelle urimelighet – telle som en relevant, og etter omstendighetene avgjørende, argumenttype («reelt hensyn») i rettsanvendelsen. At Eckhoff i rettslige tvilssituasjoner (når domstolene opptrådte rettsskapende) også tok det standpunkt at rettsanvenderens egen vurdering av tolkingens *konkrete rimelighet* burde være utslagsgivende for standpunktet i den enkelte sak, ikke rettsanvenderens mer eller mindre luftige betraktninger om hva som ville være den beste regelen for typetilfellet, er en detalj fra «Rettskildelære» som nok ikke har blitt like godt lagt merke til, men som moralfilosofisk er svært interessant.¹⁹⁵

Men som *rettsteoretiker* ga Eckhoff en klar tilslutning til separasjonstenen. Det skjedde mest synlig i «Rettssystemer» (1976), hvor han sammen med Sundby formulerte en definisjon av begrepet 'rettssystem' som inkluderte også dypt umoralske rettssystemer:

«... Vi antar at det faktisk er visse sammenhenger mellom rett og moral i de fleste (kanskje alle) de tilfelle hvor vi på basis av andre kriterier vil si at det foreligger et "rettssystem". Slike sammenhenger er viktige ... Men vi vil ikke stille opp som *begrepskjennetegn* at slike sammenhenger må foreligge.

... I denne boken bruker vi derfor ... "rettssystem" i en verdinøytral betydning. ...» (Eckhoff og Sundby 1976 s 243 første avsnitt flg. Min kursivering.)

Gjennom denne begrunnelsen bidro Eckhoff og Sundby til å sette lokk på en debatt om betydningen av koplinger mellom rett og moral, noe som intuitivt virker paradoksalt, i og med at de begge var profilerte, samfunnsengasjerte rettsvitenskapere med sosialistisk grunnsyn, og få år tidligere hadde stått faddere for Rettspolitisk Forening, stiftet i 1974. Eckhoff og Sundby kan imidlertid ikke dømmes rettferdig bare ut fra dette sitatet. De hadde

¹⁹⁵ Se nærmere min egen argumentasjon i tilknytning til Eckhoffs standpunkt i avsnitt 3.2.1(4.3) nedenfor.

nemlig utelukkende *systemnivået* for øye med dette utsagnet, og unnlot eksplisitt å ta stilling til om

«... enkelte normer, som vi ellers ville ha ansett for å høre med til et rettssystem, ikke kan anses som rettslige hvis de ikke tilfredsstiller de etiske minstekrav» (*Eckhoff og Sundby* 1976 s 242 første avsnitt).

Det er vel ikke usannsynlig at Eckhoff kan ha vært noe mer forbeholden enn Sundby når det gjelder å stille moralske krav til rettssystemet. For Sundby hadde i sin oppgitte prøveforelesning for dr philos-graden i 1974, «Naturrettslig legitimasjon for normativ kompetanse», tatt til orde for en oppvurdering av synet på naturretten. Sundby lanserte her den tese at naturretten «står i ufortjent vanry i mange av dagens ledende vitenskapelige miljøer, særlig i juristkretser» (*Sundby* 1975 s 343 nest siste avsnitt), og framhevet ellers bl.a. at naturretten har «sine viktige *negative* funksjoner som grenser for det makten legitimt kan gå ut på» (*Sundby* 1975 s 353 nest siste avsnitt). «Rettssystemer» inneholdt en passus som lyder som et ekko av disse synspunktene:

«... Men vi har ikke noe å innvende mot at “rett” brukes som honnørord når det ikke er spørsmål om å analysere sammenhenger, men f.eks. om å øve påvirkning. Det kan være helt på sin plass i en *politisk* diskusjon å gi uttrykk for at et regime krenker fundamentale krav til rettferdighet eller humanitet, ved å si at regimets normsystem ikke er noe rettssystem.» (*Eckhoff og Sundby* 1976 s 243 andre avsnitt. Min kursivering.)

Eckhoff og Sundby plasserte her moralske krav til rettssystemet uttrykkelig *utenfor* en rettsteoretisk ramme, ved å rubrisere slike krav som tilhørende en «politisk» diskusjon. Etter min mening er dette et klart eksempel på at forfatterne fastholdt separasjonstesen også i forhold til konkrete vurderinger av «råtne» deler av et lands rettsordning.

I artikkelen «Filmen om Nürnbergdommen – noen betraktninger om dommeres forhold til loven» (1962), hadde Eckhoff argumentert på samme måte:

«... Det kan ... være på tide å fremheve at det ... er visse grenser for hvor langt lovlydigheten bør strekke seg – også for dommere. Det kan tenkes lover som bryter så radikalt med idealer om humanitet og menneskeverd at det etter mitt skjønn ikke er riktig å respektere dem, selv om man virker som dommer i et land hvor disse lover er vedtatt.

Jeg bygger ikke dette på folkerettslige prinsipper. Finner en støtte i dem, er det vel og bra, men ikke avgjørende for den moralske vurdering av hvordan dommere bør opptre. Heller ikke har jeg ment å gi uttrykk for noen naturrettslig oppfatning. Jeg pretenderer ikke å ha funnet objektivt gyldige normer med høyere prioritet enn de positive lover. Det jeg har gitt uttrykk for, er snarere en personlig trosbekjennelse om at det er visse verdier som jeg setter høyere enn lovlydighet hos dommere. ...» (*Eckhoff* 1962 s 118 andre spalte andre avsnitt flg. Eckhoffs kursiveringer fjernet.)

I andreutgaven av «Rettsystemer» (1991), som Eckhoff utga 13 år etter Sundbys død, var spørsmålet om «Etiske minstekrav som begrepskjennetegn?» blitt tydeliggjort gjennom en egen avsnittsoverskrift. Her nevnte Eckhoff (på s 204 flg) Aleksander Peczeniks drøftelse av rettsordningen under Pol Pot-regimet i Kambodsja i ei bok fra 1986¹⁹⁶, og ga ellers utførlige henvisninger til oppgjøret med nazi-Tyskland i tysk rettsvitenskap etter andre verdenskrig. Trass i en atskillig kvassere formulert betoning av sammenhengen mellom rett og moral på nivået for enkeltnormer, fastholdt Eckhoff i det store og hele tilslutningen til separasjonstesens:

«I denne boken bruker vi ... ordet “rett” i en verdinøytral betydning. Vårt formål er å studere samspillet mellom normer og aktiviteter i slike komplekse systemer som spiller en sentral rolle i statenes styre og i mellomværendet mellom stater. Et slikt studium mister ikke sin interesse fordi om man finner et system umoralsk. At vi karakteriserer noe som “rettssystem” eller som en “rettsregel”, utelukker altså ikke at vi anser systemet for å være motbydelig eller regelen for å være ekstremt urettferdig. Vi har ingen *moralske* innvendinger mot at det gjøres opprør mot et slikt system eller handles i strid med en slik regel. ...» (Eckhoff og Sundby 1991 s 206 andre avsnitt. Min kursivering.)

Eckhoff og Sundby frikoplet altså rett og moral på rettssystemnivået, riktignok uten at betegnelsen «separasjonstese» inngikk i deres vokabular. Isteden benyttet de den etter min mening misvisende betegnelsen «verdinøytral». Argumentasjonen her er vanskelig å forene med Eckhoffs metode-teoretiske syn på de reelle hensyn og på ønskeligheten av å prioritere konkret rimelighet framfor generell rimelighet under rettsanvendelsen. På den andre siden er det god sammenheng mellom det domstolspraksis-beskrivende idealet for metodefaget som Eckhoff la til grunn i «Rettskildelære», og hans rettsteoretiske forsvar for separasjonstesens om koplinger mellom rett og moral. Dersom Eckhoff ikke hadde hatt dette beskrivende idealet for framstillingen i metodelærebooka, ville nemlig spørsmålet om moralsk kritikk av rettspraksis ha meldt seg med tyngde, noe som for lengst kunne ha trigget en debatt i rettsvitenskapen om koplinger mellom rett og moral.

3.1.2 Erkjennelsesteoretiske utgangspunkter

(1) *Kognitivism, nonkognitivism og moralsk realisme – oversikt*

Striden i rettsteorien om koplinger mellom rett og moral er – influert av rettspositivismen i det 20. århundre, og først og fremst Kelsens og Harts posisjoner – idéhistorisk sammenfiltret med den moralfilosofiske striden mellom tilhengere av henholdsvis kognitivism (også kalt sterk kognitivis-

¹⁹⁶ «Rätten och förnuftet : en lärobok i almän retslära», Stockholm: Norstedts.

me) og nonkognitivismen (også kalt antikognitivismen). Nonkognitivist¹⁹⁷ hevder at det ikke er mulig å foreta en sann (objektiv) sontring mellom galt og riktig i spørsmål om hva som er en moralsk forsvarlig handlingsanvisning. Kognitivist hevder det motsatte.¹⁹⁸

Mens striden om koplinger mellom rett og moral hovedsakelig har vært ført som en strid om hva rett 'er', noe som vil si en strid om rettsbegrepets ontologi på et begrepslig nivå (en strid om hvordan begrepet 'rett' bør defineres), er den moralfilosofiske striden mellom kognitivismen og nonkognitivismen av utpreget erkjennelsesteoretisk karakter. Det er ingen nødvendig sammenheng mellom det å være tilhenger av separasjonstesen om rett og moral og det å være nonkognitivist, men de fleste tilhengere av denne tesen er nok også nonkognitivist. Kelsen, Hart og Eckhoff var f.eks. alle nonkognitivist, se avsnitt 3.1.1 ovenfor.

Ross var, som de øvrige sentrale skikkelser innenfor den skandinaviske rettsrealismen, en konsekvent moralfilosofisk nonkognitivist. Hans moralfilosofiske posisjon var hovedsakelig preget av Hägerströms emotivistiske moralfilosofi. Hägerström rubriserte mentale tilstander, begreper (herunder rettsbegreper), verdi- og moraloppfatninger og liknende som akognitive følelser, dvs følelser uten erkjennelsesteoretisk mening, som dermed verken kunne være sanne eller falske. Ross' emotivistisk influerte syn på rettsbegrepene var det teoretiske grunnlaget både for hans «begrepstømmingsprosjekt», altså hans kamp for å redusere rettsbegrepene til framstillingstekniske hjelpemidler uten ontologisk substans, og for hans iherdige kamp mot det fantombilde han skapte seg av naturetten: en posisjon som forsvarte reaksjonær politikk under dekke av å forsvare rettferdigheten.

Striden mellom kognitivismen og nonkognitivismen i moralfilosofien har i *rettsteorien* i vår del av verden fra 1960-tallet og utover særlig vært knyttet til Ronald Dworkin, som ut fra en moralfilosofisk kognitivismen-posisjon førte an i en iherdig strid med H. L. A. Hart om dennes tilslutning til separasjonstesen om rett og moral.¹⁹⁹

For Dworkins del er dette en posisjon som kombineres med erkjennelsesteoretisk og ontologisk realisme, en posisjon som innebærer ikke bare å hevde at svar på moralspørsmål er «sanne» eller «gale» i erkjennelsesteoretisk forstand, men også å hevde at svarene på vanskelige rettsspørsmål («hard cases») har objektiv eksistens, uavhengig av den erkjennende rettsanvender. Og svarene på vanskelige rettsspørsmål kan kloke rettsanvendere ifølge Dworkin finne gjennom overveielser av rettsordningens uskrevne grunnprinsipper («legal principles»).

¹⁹⁷ Av latin *cognoscere*: kjenne igjen, erkjenne (Mørland m.fl. 1965 s 104).

¹⁹⁸ Om kognitivismen og nonkognitivismen i sin alminnelighet, se *Thommessen og Wetlesen* 1996 (s 213 flg, særlig s 214) og *Wyller* 1996 (s 159 flg, særlig s 161–62). I nyere moralfilosofi har det blitt utbredt å betegne kognitivismen-posisjonen som «moralisk realisme», mens nonkognitivismen-posisjonen betegnes som «antirealisme», se f.eks. *Sayre-McCord* 1991 (s IX andre avsnitt flg); *Johansen og Vetlesen* 2000 (s 176–77), og ellers framstillingen i brødteksten mot slutten av dette avsnittet.

¹⁹⁹ Se Dworkin: «Taking Rights Seriously» (1994 [1. utg i 1977] s 46 flg, særlig s 71 flg). Hart svarte på kritikken i etterordet til den posthumt utgitte 2. utg av «The Concept of Law» (1994 s 238 flg).

I avsnitt 3.1.1 ovenfor omtalte jeg den aktuelle sammenhengspretesjonen mellom rett og moral som «begrepsmessig». Betydningen av «begrepsmessig» sammenheng har jeg forklart i kapittel 1 avsnitt 1.3.1–1.3.3 foran. Andre tenkelige sammenhenger mellom rett og moral enn «begrepsmessig» kunne være «kausal», «logisk» eller «matematisk»²⁰⁰ sammenheng, men jeg går ikke nærmere inn på slike sammenhenger i fortsettelsen.

Alexy 1989 (s 177 flg) hevdet at en antakelse om begrepsmessig sammenheng mellom rett og moral nødvendigvis innebærer å hevde at retten er 'riktig', herunder at rettsordningen er rettferdig. Standpunktet ble fastholdt i Alexy 1992 (s 62 flg). Bulygin 1993 imøtegikk Alexys argumentasjon. Diskusjonen de to imellom fortsatte i *Ratio Juris* 2000 (13), først med et innlegg av Bulygin (s 133–37), deretter med et svar fra Alexy (138–47). Debatten disse to imellom er etter min mening preget av en manglende klargjøring av sontringen mellom en normforeskrivende og beskrivende definisjon av begrepet om sammenheng mellom rett og moral. Se nærmere om Alexy 1992 i avsnitt 3.2.3(1.2) nedenfor.

Etter en lengre nonkognitivistisk fase i første halvpart av det 20. århundre, bl.a. tungt influert av emotivistisk moralfilosofi og den logiske empirismen, har kognitivistisk moralfilosofi fra ut på 1970-tallet igjen kommet på offensiven i angloamerikansk moralfilosofi, under betegnelsen «moralisk realisme». Karakteristisk for denne posisjonen er at dens tilhengere hevder at standpunkter til moralspørsmål kan begrunnes rasjonelt, og at svarene på moralspørsmål har sannhetsverdi (er sanne eller gale). Flere av disse moralfilosofene hevder også at «moraliske fakta» eksisterer uavhengig av menneskelig bevissthet om dem.

I og med at ingen av de to moralfilosofiske grunnantakelse jeg formulerer, begrunner og forsvarer i fortsettelsen forutsetter tilslutning til en kognitivismeposisjon, se avsnitt (2) straks nedenfor, vil jeg ikke gå nærmere inn på moralisk realisme-retningen i moralfilosofien.²⁰¹

(2) *Utsagn om moralspørsmål forstått som handlingsanvisninger med holdbarhetspretensjon – min egen svakt kognitivistiske posisjon*

(2.1) *Utgangspunkt*

En moralfilosofisk mellomposisjon mellom kognitivism og nonkognitivism betegnes ofte som «svak kognitivism». *Thommessen og Wetlesen* ga

²⁰⁰ Et typisk eksempel på matematisk sammenheng er statistisk sammenheng.

²⁰¹ Nærmere om moralisk realisme, se f.eks. «Essays on Moral Realism» / redigert av Geoffrey Sayre-McCord (1991); Dennis Patterson: «Law and Truth» (1996); «Truth in Ethics» / redigert av Brad Hooker (1996); «Objectivity in Law and Morals» / redigert av Brian Leiter (2001); Alexander Miller: «An Introduction to Contemporary Metaethics» (2003); Peter Railton: «Facts, Values and Norms: Essays towards a Morality of Consequence» (2003).

en positiv vurdering av denne mellomposisjonen, som de betegnet som «svak kognitivism basert på gyldighet»:

«... Hvis begrunnelsen av et normativt standpunkt tilfredsstiller visse betingelser, kan standpunktet anses som moralsk gyldig, og derfor bindende. ... [D]ette er alt som trengs i det praktiske og moralske liv.» (*Thommessen og Wetlesen* 1996 s 231 andre avsnitt.)

Den gyldighetsbetingelse som Thommessen og Wetlesen oppstilte som et minimumskriterium for en gyldig moralfilosofisk plattform, vil typisk være angivelse av «rasjonelle grunner» for den moralposisjonen som forsvares. Det er slik jeg forstår «svak kognitivism» i dette arbeidet. For å holde nødvendig avstand til juristers bruk av betegnelsen «gyldig» i spesifikt rettslig betydning, bruker jeg isteden «holdbar» i dette arbeidet.

(2.2) *Erkjennelsesteoretisk forankring av den svakt kognitivistiske moralfilosofiposisjonen*

Jeg har hittil forklart min svakt kognitivistiske moralfilosofi-posisjon noe løselig, og vil derfor supplere med en erkjennelsesteoretisk begrunnelse av denne posisjonen, som setter den tydeligere inn i den diskursteoretiske sammenheng jeg mener den passer godt inn. Den tradisjonelle definisjonen av kunnskap i erkjennelsesteorien, 'begrunnet sann tro' (på engelsk: '*justified true belief*')²⁰², er fullt forenlig med de oppfatninger som lenge har vært rådende i skandinavisk rettsteori, i tradisjonen etter Hedenius' «Om rätt och moral» (1941; 2. utg 1963) og von Wrights «Norm and Action : A Logical Inquiry» (1963)²⁰³, og deres sonndring mellom ekte og uekte rettssetninger. Uekte rettssetninger, definert som beskrivende utsagn om innholdet av gjeldende rett, pretenderes etter dette synet å være etterprøvbare empirisk, og dermed enten sanne eller falske, mens derimot de ekte rettssetningene, normative utsagn om gjeldende rett, antas ikke å ha sannhetsverdi – i forhold til disse utsagnene ble altså nonkognitivismen i den verdinihilistiske (emotivistiske) tradisjonen etter Axel Hägerström fastholdt.

Et eksempel på en «ekte» rettssetning formulert i henhold til Hedenius' og von Wrights syn er: «Alle skattepliktige bør oppgi alt de har tjent i selvangivelsen!». Sannheten av utsagnet hevdes ikke å kunne avgjøres empirisk. Et eksempel på en «uekte» rettssetning er: «Etter Ligningsloven 13.6.1980 nr 24 § 12-1 er det å forsettlig eller grovt uaktsomt

²⁰² Nærmere om dette begrepet, se kapittel 1 avsnitt 1.3.1(1) foran, med henvisninger

²⁰³ Standpunktet ble fastholdt mer enn 30 år seinere (von Wright 1996). I en av de siste normlogiske arbeidene fra von Wrights hånd, «On norms and norm-propositions» (2000), framkom ikke bare en grei sammenfatning av utviklingen i von Wrights syn på normlogikkens utsagnskraft; han poengterte også at normlogiske språk ikke nødvendigvis må være logisk sanne, og videre at det vil være «a contingent matter» om et faktisk normsett tilfredsstiller normlogikken (2000 s 177 fjerdesiste avsnitt flg). Normlogiske prinsipper kan likevel, hevdet von Wright, være normative, altså anses fruktbare, bl.a. i forbindelse med lovgivning, f.eks. for å unngå uønskete hull eller motsigelser i lovbestemmelser.

gi ligningsmyndighetene uriktige eller ufullstendige opplysninger straffbart, når vedkommende forstår eller bør forstå at dette kan føre til skatte- eller avgiftsmessige fordeleler». Sannheten av dette utsagnet hevdes å kunne avgjøres empirisk.

Den grunnleggende svakheten ved denne sontringen mellom ekte og uekte rettssetninger er etter min mening de konsekvensene man i rettsteorien har trukket av den, ikke minst for moralfilosofiske drøftelser: Ved å rubrisere ekte rettssetninger, altså normative utsagn om gjeldende rett, og dermed også normative utsagn om rettsavgjørelser (herunder meningsytringer om avgjørelsens godhet), som empirisk uavgjørbare, ble alle spørsmål om kvalitative aspekter ved rettsavgjørelsene mv stemplet som kognitivt meningsløse, altså ikke-vitenskapelige. Et slikt standpunkt – nærmest å regne som en vitenskapelig «sjølkastrering» – var imidlertid ingen uavvendelig følge av denne teorien. For *tertium datur!* – et tredje alternativ mellom hardkokte erkjennelsesteoretiske realisme- eller antirealismeposisjoner²⁰⁴ foreligger, nemlig at *det er meningsfylt å ta stilling til rettsavgjørelsers argumentative holdbarhet*, også om man aksepterer at man ikke kan ta stilling til deres sannhet. Både en handlingsteoretisk klassifisering av rettsavgjørelser (og normative utsagn om rettsregler) som *handlinger* og en språkfilosofisk klassifisering av rettsavgjørelser som *talehandlinger* bestyrker argumentasjonen for dette synet, men de aspektene må jeg la ligge i denne omgangen.

Når det gjelder den nærmere begrunnelsen for denne erkjennelsesteoretiske posisjonen, bygger jeg særlig på argumentasjonen til *Habermas* 1973, *Tranøy* 1976 og 2006 og *Wyller* 1996.

I sin bok «Wahrheitstheorien» (1973) tok *Habermas* utgangspunkt i J. L. Austins og Searles talehandlingsteorier, og hevdet at talehandlinger (uten unntak) impliserer en *pretensjon om å være gjeldende*, på tysk «Geltungsanspruch» (1973 s 211–13). Som eksempel på en talehandling brukte *Habermas* det å framsette et rettslig krav, og fordi det tyske verbet «gelten» (gjelde) har skjenket oss nøkkelbetegnelsen «gjeldende rett» («die Geltung des Rechts»), skjønner norske jurister lettere enn jurister i det angloamerikanske språkområdet hva som menes med dette substantivet. Det vesentlige ved *Habermas'* gjelde-pretensjon, som han i det samme arbeidet skiftevis omtalte som *riktighetspretensjon* («Richtigkeitsanspruch»), er at han hevdet at både (i) den klassiske naturrettens standpunkt om at normative utsagn var sanne i samme forstand som deskriptive utsagn, og (ii) det for tida herskende nominalisme- og empirismeforankrete standpunktet om at normative ut-

²⁰⁴ En realistisk erkjennelsesteoretisk posisjon kjennetegnes ved at den fysiske verden (objektverdenen) som et erkjennende menneske kan ha begrunnet, sann tro på, hevdes å eksistere uavhengig av bevisstheten. En antirealistisk erkjennelsesteoretisk posisjon kjennetegnes ved at det motsatte synet hevdes, altså at den fysiske verden et erkjennende menneske kan ha begrunnet, sann tro på, konstitueres (skapes), eller iallfall preges av, bevisstheten (*Dancy* 1985 (s 143–82); *Blackwell Companions ... Epistemology* 1992 (s 187–91 oppslagsordet «idealism»; s 237–40 oppslagsordet «knowledge by acquaintance/by description»; s 381–86 oppslagsordet «problem of the external world»; og s 420–24 oppslagsordet «realism»).

sagn overhodet ikke kan være sanne («überhaupt nicht wahrheitsfähig sind»), var feilaktige (s 226 siste avsnitt):

«... Ich vermute, daß sich die Berechtigung des in Empfehlungen sei es von Handlungs- oder Bewertungsnormen enthaltenen Geltungsanspruchs ebenso diskursiv prüfen läßt wie die Berechtigung des in Behauptungen implizierten Geltungsanspruchs.* ...» (Habermas 1973 s 226 siste avsnitt.²⁰⁵)

Med «Behauptungen» i ovenstående var det altså påstander om saksforhold (empirisk verifiserbare påstander) Habermas siktet til. Samme standpunkt er for øvrig formulert flere andre steder i arbeidet, bl.a. på s 229 andre avsnitt. Det er også i dette Habermas-arbeidet man finner hans berømte utsagn om kraften i de bedre argumenter, kjernen i hans diskursteori.

Tranøy 1976 og 2006 tok til orde for å gjenreise troen på mulighetene for fornuftsbasert drøftelse av påstander i både vitenskapsteorien og den normative etikken. I førstnevnte arbeid var perspektivet primært vitenskapsteoretisk, og hovedbudskapet var at vitenskap burde anses som vitenskapelig aktivitet, og at denne aktiviteten burde betraktes som et normativt system som måtte kunne diskuteres rasjonelt, på samme måte som resultatene av forskningsaktiviteten (1976 s 1; s 11–12). I sistnevnte arbeid framhevet Tranøy Habermas' handlingsteoretiske innfallsvinkel som fruktbar, og poengterte at de tre standpunktene som åpner seg i beslutningsdiskurser – aksept av påstanden, forkastelse av denne og avståelse fra å ta stilling – er «bevisste menneskelige handlinger som normale personer både kan og ønsker å holdes ansvarlig for» (2006 s 144 tredje avsnitt). Tranøy kalte disse handlingsalternativene «kognitive handlinger av aksept-familien» (samme sted), og hevdet at disse handlingene på en interessant måte var forbundet med det han kalte «kognitive handlinger ...[av] hevde-familien» (samme sted), og som omfatter enten å «hevde eller påstå p, å benekte p, og verken hevde eller benekte p» (samme sted). Så fortsatte han:

«... Noen av de viktige forbindelseslinjene mellom disse to familiene, aksept-familien og hevde-familien, er åpenbart av etisk eller normativ natur. Å hevde p forutsetter (normalt) at man aksepterer p. Den som benekter en p som han selv aksepterer, han lyver. Og det samme gjør en som hevder en p som han forkaster ...» (Tranøy 2006 s 144 tredje avsnitt.)

Wyller 1996 kontrasterte *påstander* om den verden vi observerer med *viljesbaserte handlingsanvisninger*:

«Hvis en person sier “Gå i butikken for meg”, er det meningsløst å vurdere hvorvidt denne ordren er *sann*. Man kan diskutere hvorvidt det var noen grunn til å gi en slik beskjed, hvorvidt den [s 161] for eksempel var rimelig eller nødvendig, men ordren i seg selv kan vi ikke kalle sann eller usann. ...

²⁰⁵ På norsk, i min oversettelse: «... Jeg antar at berettigelsen av gjelde-pretensjonen som måtte være inneholdt i anbefalinger av handlings- eller vurderingsnormer, lar seg overprøve like så diskursivt som berettigelsen av gjelde-pretensjonen i påstander. ...»

... Påstander er ytringer vi kan gi objektive grunner for, og de kan være sanne eller usanne. Handlingsanvisninger uttrykker derimot en persons vilje, og de kan ikke være sanne eller usanne. ...» (Wyller 1996 s 160 siste avsnitt flg.)

Wyller framhevet at hans *språkfilosofisk* forankrete modifisering av moralfilosofiens grunnleggende sannhetsspørsmål (1996 s 164–67) var inspirert av R. M. Hares syn på etiske utsagn som universelle handlingspåbud. Wyllers argumentasjon kompletterer argumentasjonen til Habermas og Tranøy, og utgjør etter min mening samlet en attraktiv plattform for rasjonell diskusjon både av erkjennelsesteoretiske og moralfilosofiske spørsmål i rettsvitenskapen.

Min egen erkjennelsesteoretiske og moralfilosofiske posisjon kan etter dette sammenfattes slik:

- *Riktignok* oppgir jeg sannhetspretensjonen i forhold til rettsavgjørelser både i erkjennelsesteorien og moralfilosofien, men *likevel* fastholder jeg den argumentativt begrunnbare holdbarhetspretensjonen som et vitenskapsteoretisk ideal.

«Riktignok»-formuleringen i denne setningen sammenfaller i resultatet med de skandinaviske rettsrealistenes nonkognitivistiske syn på rettsregels sagns sannhetsverdi.

«Likevel»-formuleringen i setningen ovenfor avviker derimot fra både den skandinaviske rettsrealismens, Hedenius' og von Wrights posisjon, ved å reformulere sannhetspretensjonen som en argumentativt begrunnbar holdbarhetspretensjon. Det er en betydningsfull modifikasjon, og likevel alt som trengs for å kutte den gordiske knuten i tilknytning til spørsmålet om de praktiske slutningers logiske status. På denne måten kan vi i rettsteorien komme et godt skritt lenger analytisk enn til å måtte nøye oss med å konstatere at det er truffet en (viljeforankret) beslutning, et såkalt desisjonisme-standpunkt, som *Astrup Hoel* 1925 (s 66 andre avsnitt) var en tidlig eksponent for i norsk rettsteori.

Frede Castberg hevdet i sin bok «Forelesninger over rettsfilosofi» (1965 s 110 petitavsnittet) at *sannhetsbegrepet* bør «reserveres for virkelighetserkjennelsen», og med det mente han den fysiske verden (objektverdenen). Om bedømmelse av handlinger, herunder den rettslige bedømmelsen av slike, var det Castbergs syn at det passet bedre å bruke adjektivene «korrekt» eller «riktig» som karakteristikk. Castberg var mao, trolig inspirert av Hare, inne på de samme tankene som Habermas, Tranøy og Wyllers når det gjelder sannhetspretensjonen i normative spørsmål, men uten at dette satte synlige spor i norsk rettsvitenskap.

*

Gjennomgåelsen hittil bærer bud om at striden om koplinger mellom rett og moral er et fundamentalt spørsmål enten man primært interesserer seg for retten eller moralen. Det lar seg hevde – og jeg vil gi min tilslutning til et slikt syn – at dette spørsmålet ikke kan drøftes til bunns uten at man først

avklarer hva slags *teori om rettferdighet* man bygger på.²⁰⁶ Framstillingen i resten av dette kapitlet vil forhåpentligvis gi et svar på hva jeg mener om dette spørsmålet.

3.1.3 Problemstilling

(1) Generelt

Etter mitt syn har det lenge vært et beklagelig fravær av diskusjon i *norsk offentlighet* om betydningen av koplinger i sin alminnelighet mellom rett og moral.²⁰⁷ At en slik diskusjon heller ikke har vært ført med mye energi eller bredde i *norsk rettsvitenskap* så lenge den skandinaviske rettsrealismen rådde grunnen med det synet at rettferdighetsforestillinger var følelsesutbrudd som det ikke går an å diskutere rasjonelt, er ikke overraskende. Man trenger imidlertid ikke å ha mer enn alminnelig juristutdanning i Norge for å skjønne at rettsordningen er rik på koplinger mellom rett og moral. Følgelig er det et klart paradoks at den såkalte separasjonstesens – den oppfatning at det ikke er begrepsmessig sammenheng mellom rett og moral – synes å stå urokket i norsk rettsteori, og stort sett også i de land vi vanligvis sammenlikner oss med. Jeg vil utfordre den rådende tilslutning til separasjonstesens fra to forskjellige innfallsvinkler:

Den første innfallsvinkelen impliserer at det er en «formell sammenheng» mellom rett og moral. Se nærmere pkt (i) nedenfor.

Den andre innfallsvinkelen impliserer at det er en «materiell sammenheng» mellom rett og moral, se pkt (ii) nedenfor.

(i) *Innfallsvinkel om formell sammenheng mellom rett og moral:* Jeg har valgt å ta utgangspunkt i den realitet at rimelighetshensynet faktisk har en betydelig forankring i gjeldende rett, både som argumenttype (i utgangspunktet under merkelappene «reelle hensyn» eller «godhetsvurderinger») og som lovfastsatt rett eller uskreven rettsregel. En nærliggende hypotese er at rimelighetshensynets betydelige forankring i rettsordningen svekker separasjonstesens plausibilitet. I den utstrekning separasjonstesens hevdes å ha rettslig forankring i vår rettsordning, kan denne forankringen mest plausibelt pretendere å være som uskrevet argumentasjonsteori-prinsipp (rettskildedeprinsipp), dvs passe «skjult» i rettsordningen til å forklare at verken Eckhoff eller andre har funnet grunn til å peke på den.

- Min første moralfilosofiske problemstilling vil jeg etter dette formulere som et spørsmål om det er plausibelt å fastholde den såkalte separasjons-

²⁰⁶ Se Blume 1995, som bl.a. hevder at «en rettsteori, der ikke behandler denne problemstilling, ikke har mulighet for at få tilstrækkelig gjennomslagskraft» (s 823 siste avsnitt flg).

²⁰⁷ Mer spesielle koplinger mellom rett og moral, f.eks. spørsmålet om legitimiteten til sivil ulydighet i naturvernsaker, legitimiteten til sjølbestemt abort eller til kirkeasyl i utlendingssaker, har derimot til tider vært heftig diskutert i det offentlige rom.

tesen, altså at det ikke er noen begrepsmessig (definitorisk) sammenheng mellom rett og moral, trass i at rimelighetshensynet faktisk har en betydelig forankring i gjeldende rett.

Rimelighetshensynets solide forankring i rettsordningen anser jeg i grove trekk for å være allment akseptert blant rettsvitenskapere i Norge, men noen *samlet*, systematisk redegjørelse for denne forankringen er det hittil ingen som har gitt. Som ledd i arbeidet med denne problemstillingen, og med de begrensninger som en slik problemstilling innebærer, har jeg derfor valgt å tilveiebringe dokumentasjonen for en slik redegjørelse. I avsnitt 3.2.2 nedenfor presenteres resultatet av denne gjennomgåelsen, i form av en dokumentasjon jeg bruker som underlagsmateriale for begrunnelsen i avsnitt 3.2.1 av min første grunnantakelse om sammenheng mellom rett og moral.

Uavhengig av svaret på den første problemstillingen mener jeg det er interessant å drøfte om det på annet grunnlag kan argumenteres rasjonelt for en moralsk fordring om at enhver rettsavgjørelse må kunne bestå en rimelighetstest for å være rettslig holdbar.

- Min andre moralfilosofiske problemstilling vil jeg etter dette formulere som et spørsmål om mulighetene for rasjonell moralfilosofisk begrunnelse av det standpunkt at ingen urimelig (urettferdig) avgjørelse av et retts-spørsmål kan regnes som gjeldende rett.

(ii) *Innfallsvinkel om materiell sammenheng mellom rett og moral:* Jeg har valgt å ta utgangspunkt i den forankring de internasjonale menneskerettighetene ubestridelig har fått i norsk rett siden litt ut på 1990-tallet, i første rekke etter vedtakelsen i 1994 av Grunnloven § 110 c om myndighetenes plikt til å sikre og respektere menneskerettighetene, og vedtakelsen fem år seinere av Menneskerettsloven 21.5.1999 nr 30, som til å begynne med inkorporerte de tre viktigste internasjonale menneskerettighetsinstrumentene i norsk rett med forrang i forhold til internrettslige regler i tilfelle av motstrid.²⁰⁸ En nærliggende antakelse er at en denne forankringen av internasjonale menneskerettigheter i norsk rett ikke kan være moralfilosofisk betydningløs: *for det første* må Stortingets vedtakelse av den nye Grl § 110 c og av Menneskerettsloven anses for basalt å bygge på en moralsk aksept, ikke bare en politisk aksept, av de internasjonale menneskerettighetene; *for*

²⁰⁸ Ved endringslov 1.8.2003 nr 86 ble også FNs Barnekonvensjon 20.11.1989 inkorporert i Menneskerettsloven med slik forrang, se Mrl § 2(1)(4), mens inkorporering av FNs Rasediskrimineringskonvensjon 1965 (RDK) og FNs Kvinnediskrimineringskonvensjon 1979 (KDK) i Menneskerettsloven i forrangshensikt hittil har strandet på mektig motstand fra toppledelsen i Justisdepartementets lovavdeling. Ved behandlingen av Ot prp nr 35 (2004–2005) om innarbeiding av KDK i norsk rett, holdt forrangsmotstanderne skansen, se Innst O nr 70 (2004–2005), trass i krass kritikk fra menneskerettsmiljøer ved UiO. Våren 2007 avga de tre likestillingsombudene en felles uttalelse til myndighetene med krav om forrangsinnsarbeiding av RDK, KDK samt FNs torturkonvensjon, men i skrivende stund (oktober 2007) er det høyst uklart om regjeringen Stoltenberg II vil ta sats og overkjøre toppledelsen i Justisdepartementets lovavdeling, slik regjeringen Bondevik I i sin tid gjorde for å få klarhetsdoktrinen ut av Mrl § 3.

det andre er det grunn til å stille spørsmålet om en *tilbakekopling* fra det rettslige til det moralske nivået (rettssystemet til moralsystemet) er plausibelt på dette saksfeltet, mao at den realiteten at Stortinget har inkorporert de sentrale internasjonale menneskerettsinstrumentene i norsk rett også styrker den moralske begrunnelsen for denne beslutningen.

- Min tredje moralfilosofiske problemstilling vil jeg etter dette formulere som et spørsmål om det er plausibelt å regne inkorporasjonen av de internasjonale menneskerettighetene i den interne rettsordningen, særlig gjennom vedtakelsen av Grl § 110 c og Menneskerettsloven 1999, for ikke å være forankret i en moralsk stillingtaking til fordel for disse rettighetene, med den konsekvens at inkorporasjonen ikke har betydning for spørsmålet om å oppstille en moralsk plikt til å legge avgjørende vekt på den løsning av et tvistesporsmål som er forenlig med menneskerettighetene.

Uavhengig av svaret på den tredje problemstillingen mener jeg det er interessant å drøfte om det på annet grunnlag kan argumenteres rasjonelt for en moralsk fordring om at enhver rettsavgjørelse må kunne bestå en forenlighetstest med de internasjonale menneskerettighetene for å være rettslig holdbar.

- Min fjerde moralfilosofiske problemstilling vil jeg etter dette formulere som et spørsmål om mulighetene for rasjonell moralfilosofisk begrunnelse av det standpunkt at ingen rettsregeltolking som strider mot de internasjonale menneskerettighetene kan regnes som gjeldende rett.

Istedenfor å ta utgangspunkt i disse fire problemstillingene i den videre drøftelsen, har jeg valgt det strukturerende grepet å drøfte problemstillingene med utgangspunkt i de to *grunnantakelsene* som pretenderes å gi argumentativt begrunnbare svar på dem. Se den innledende grunnngivingen for dette standpunktet i kapittel 1 avsnitt 1.1.3(1) foran, og definisjonen av et valgt, normforeskrivende grunnantakelsesbegrep i kapittel 1 avsnitt 1.3.3 foran.

Grunnantakelsen om formell sammenheng mellom rett og moral lyder slik: En urimelig (urettferdig) avgjørelse av et rettsspørsmål kan ikke regnes som gjeldende rett. Grunnantakelsen drøftes i avsnitt 3.2 nedenfor.

Grunnantakelsen om materiell sammenheng mellom rett og moral lyder slik: En rettsavgjørelse som (i) ikke er forenlig med de internasjonale menneskerettighetene eller (ii) ikke fremmer gjennomføringen av dem, kan ikke regnes som gjeldende rett. Grunnantakelsen drøftes i avsnitt 3.3 nedenfor.

Det vil framgå av fortsettelsen at jeg ikke pretenderer at det er noen nødvendig sammenheng mellom disse to grunnantakelsene, men sammenhengene er heller ikke tilfeldige: (i) Valget av grunnantakelse om formell sammenheng er motivert ut fra den vurdering at rimelighetskravet til konkrete rettsavgjørelser allerede står meget sterkt etter en nokså nøktern utlegging av gjeldende rett. (ii) Valget av grunnantakelse om materiell sammenheng

er motivert ut fra et ønske om å bruke moralsk argumentasjon for å vitalisere debatten blant norske rettsvitenskapere om de internasjonale menneskerettighetenes gjennomslagskraft i den norske rettsordningen. Moralsk argumentasjon har hittil spilt en tilbaketrukket rolle i denne debatten.

Min første grunnantakelse forutsetter *ikke* bestemte antakelser om rimelighetens (rettferdighetens) konkrete innhold, og derfor er posisjonen ikke kognitivistisk. Men fordi jeg også legger til grunn at den avgjørelsen som en rettsanvender pretenderer å være holdbar ut fra et rimelighetskriterium, må være rasjonelt begrunnbar, er posisjonen heller ikke nonkognitivistisk. Posisjonen er svakt kognitivistisk, se forklaringen i avsnitt 3.1.2(1) foran. Også min andre moralfilosofiske grunnantakelse bygger på en svakt kognitivistisk posisjon. Sjøl om dette er en grunnantakelse om materiell sammenheng mellom rett og moral, hevder jeg ikke posisjonens sannhet, bare dens rasjonelle begrunnbarhet.

Mine to grunnantakelser foregir *ikke* å besvare alle interessante spørsmål om sammenheng mellom rett og moral. De er valgt ut fra en oppfatning av deres sentrale betydning som døråpnere for ytterligere problemstillinger på dette emnefeltet. Det ville sikkert vært brei enighet både blant rettsvitenskapere og ellers i det norske samfunnet om å oppstille en hel katalog over grunnleggende materielle moralprinsipper som må legges til grunn for all rettsanvendelse. Et åpenbart eksempel er rettsstatlige verdier som ikke er nedfelt i de internasjonale menneskerettighetene. I dette arbeidet har jeg likevel valgt å avstå fra å oppstille en slik katalog over koplinger mellom rett og moral.

De to grunnantakelsene jeg formulerer om sammenheng mellom rett og moral kunne med en litterær vending karakteriseres som «ideale fordringer» til en slik sammenheng. Beveggrunnen for å oppstille disse grunnantakelsene er ikke en teoretisk forkjærlighet for moralfilosofisk debatt, men et ønske om å berede grunnen for konkrete endringer i rettsanvendelsen i Norge, typisk gjennom innskrenkende tolkning av den rettsregelen som ellers vil lede til en umoralsk avgjørelse i strid med den ene eller andre av mine grunnantakelser. Siktemålet er mao utpreget praktisk.

Det har også en viss interesse å drøfte sammenhengen mellom rett og moral i forhold til mer hypotetiske problemstillinger, som f.eks. dommeres plikt til i framtida å vise sivil ulydighet mot ekstreme regimer à la nazi-Tyskland eller Pol Pot-regimet, altså regimer hvor rettsordningen *i det store og hele* har fått et ekstremt urettferdig preg. *Peczenik* 1995 (s 194 siste avsnitt) har imidlertid hevdet at en diskusjon av denne typen har liten praktisk betydning. Det er jeg enig i, av den enkle grunn at slike regimer erfaringsmessig alltid sørger for å ha lojale rettsanvendere.

(2) *Grunnantakelsenes juridisk argumentative status – anvendelsesdiskursiv versus begrunnelsesdiskursiv betydning*

I terminologien til diskursteorien er det en *anvendelsesdiskurs* som er rammen og siktemålet for drøftelsen av mine to moralfilosofiske grunnantakelser om sammenheng mellom rett og moral. Siktemålet er å oppstille moralske rammer for rettsavgjørelser, altså det filosofer gjerne kaller praktiske beslutninger. En tilslutning til den vanlige lesningen av Kants universaliseringsmaksime i *begrunnelsesdiskurser*, altså diskurser om *generelle* holdbarhetsvurderinger av standpunkter til praktiske beslutninger (rettsspørsmål), utelukker etter min mening ikke at man legger avgjørende vekt på den konkrete rimeligheten i anvendelsesdiskurser (ved avgjørelsen av konkrete rettsspørsmål).

3.2 Grunnantakelse om formell sammenheng mellom rett og moral

3.2.1 Formulering og begrunnelse

Min grunnantakelse om formell sammenheng mellom rett og moral vil jeg formulere slik:

- En urimelig (urettferdig) avgjørelse av et rettsspørsmål kan ikke regnes som gjeldende rett.

Min begrunnelse av denne grunnantakelsen har følgende disposisjon: I avsnitt (1) nedenfor begrunner jeg at urimelighetsbedømmelsen etablerer et kriterium for formell sammenheng mellom rett og moral; i avsnitt (2) foretar jeg en innledende klargjøring, herunder erkjennelsesteoretisk, av normen om å underlegge enhver rettsavgjørelse en moralsk forankret rimelighetsbedømmelse; i avsnitt (3) begrunner jeg bruken av betegnelsen «kan ikke regnes som gjeldende rett»; i avsnitt (4) gir jeg en moralfilosofisk begrunnelse av grunnantakelsen med forankring i en nylesning av universaliseringsmaksimen i Kants moralfilosofi; i avsnitt (5) gir jeg en moralfilosofisk begrunnelse av grunnantakelsen med forankring i deler av Rawls' teori om rettferdighet som rimelighet; i avsnitt (6) gir jeg en moralfilosofisk begrunnelse av grunnantakelsen med forankring i allmennmoralen; i avsnitt (7) gir jeg en rettslig begrunnelse av grunnantakelsen med forankring i den faktiske sammenheng mellom rett og moral i den norske rettsordningen, dvs at separasjonstesen ikke er gjeldende rett hos oss; i avsnitt (8) gir jeg to praktiske eksempler på betydningen av grunnantakelsen; i avsnitt (9) gir jeg en sammenfatning av min moralfilosofiske og rettslige begrunnelse av grunnantakelsen; og i avsnitt (10) foretar jeg en ekskurs til rettspolitiske as-

pekter ved oppgivelsen av tesen om at rett og moral er separate verdissystemer. Nærmere oversikt over underavsnitt gis i de respektive avsnitt.

(1) *Urimelighetsbedømmelsen etablerer et kriterium for formell sammenheng mellom rett og moral*

Det forhold at grunnantakelsen gjelder «formell sammenheng» mellom rett og moral, betyr at den – i motsetning til grunnantakelsen jeg drøfter i avsnitt 3.3 nedenfor – ikke legger materielle, altså innholdsmessige, føringer for en rettsavgjørelses innhold, bortsett fra det som følger av en urimelighetsvurdering. Betegnelseparet formell–materiell er så innarbeidet i juridisk litteratur at det knapt trenger noen forklaring. Det ligger en klar tanke bak det valg at denne grunnantakelsen *ikke* gir så mye som et hint om hva som typisk kan være et urimelig resultat på noe konkret rettsområde. Tanken er at et formelt rimelighetskriterium er best tilpasset de faktiske forhold i dagens Norge, dvs vil kunne styrke den moralske dimensjonen ved praktisk rettsanvendelsen uten å innebære en påtrengende moralisering med en ferdig katalog av rimelighetskriterier for typeavgjørelser på forskjellige rettsområder.²⁰⁹

Grunnantakelsen inviterer til en sammensatt, men konkret rimelighetsbedømmelse, der rettsanvenderens personlige vurdering – etter hennes beste overbevisning – av resultatets godhet blir utslagsgivende for avgjørelsen. Fordelen med en grunnantakelse om formell sammenheng mellom rett og moral ligger i dagen: en slik grunnantakelse vil lettere kunne få tilslutning, ikke minst ved å tematisere rimelighetsaspektet ved rettsanvendelsen, grunntemaet i striden om koplinger mellom rett og moral. På den måten kan oppmerksomheten istedenfor å rettes mot typologier over hva som generelt kan antas å være et (u)rimelig resultat på de respektive rettsområder, rettes mot de skjerperte metodologiske kravene som trengs for å oppfylle kravene til verdi- og argumenttransparens og argumentativ og innholdsmessig koherens i disse avgjørelsene.

(2) *Innledende klargjøring av normen om å underlegge enhver rettsavgjørelse en moralsk forankret rimelighetsbedømmelse*

Jeg skal i dette avsnittet gi en innledende klargjøring av normen om å underlegge enhver rettsavgjørelse en moralsk forankret rimelighetsbedømmelse. Drøftelsen har følgende avsnittsinndeling: (2.1) Urimelighet og verdier – urimelighetsvurderingers erkjennelsesteoretiske status; (2.2) Urimelighetstesten innebærer ikke å erstatte alle andre argumenttyper med

²⁰⁹ Jeg minner likevel om at jeg i avsnitt 3.3 nedenfor også formulerer og begrunner en grunnantakelse om materiell sammenheng mellom rett og moral – min moralfilosofiske posisjonering er mao på ingen måte substansløs, samlet sett.

én eneste argumenttype – rettsavgjørelsens rimelighet (2.3) Urimelighetsbedømmelsen gjelder enhver lovregel, uskreven rettsregel eller rettspraksis, men virkningene skal bedømmes konkret (individuelt) i forhold til sakens parter; (2.4) Rimelighet betyr ikke bare fordelingsrettferdighet (likebehandling); og (2.5) Valget av «urimelig» som vurderingstema istedenfor «klart urimelig» eller liknende.

(2.1) *Urimelighet og verdier – urimelighetsvurderingers erkjennelsesteoretiske status*

Jeg har allerede røpet at jeg med grunnantakelsen tar til orde for å endre 'urimelighet' fra «valgfri» til «pliktig» argumenttype²¹⁰ (og moralsk målestokk) under rettsanvendelsen. Standpunktet innebærer å ta til orde for å skjerpe kravene til det argumentative grunnlaget for rettsavgjørelser, både i bredden og dybden. Jeg følger her den amerikanske filosofen Hillary Putnam, som har tatt til orde for en erkjennelsesteoretisk sidestilling av verdier, vurderinger og faktabedømmelser, og i denne forbindelse framhevet at et slikt standpunkt også var helt sentral i moralfilosofien til John Dewey (1859–1952):

«... In our writing on Dewey, Ruth Anna Putnam and I have insisted that if there is one thing which is distinctive about Dewey as an ethicist or a meta-ethicist ... it is his emphasis on the importance of and his consistent application of the idea that *what holds good for inquiry in general holds for value inquiry in particular.**» (Putnam 1995 s 14 nestsiste avsnitt. Min kursivering.)

Urimelighetsvurderingene må altså skje på formen «urimelig, fordi x, y, z ... n», hvor x, y, z osv står for et på forhånd udefinert antall rasjonelle – og dermed etterprøvbare – argumenter som trengs for å begrunne avgjørelsen. Det er imidlertid intet prinsipielt nytt i dette, i forhold til vurderinger ellers som gjennomsyrrer rettsanvendelsen. Jeg hevder ikke annet enn at rettsanvenderen må begrunne sine vurderinger av resultatets urimelighet på annen måte enn når rettsordningens øvrige avveiningsnormer eller vage betegnelser for øvrig anvendes.

(2.2) *Urimelighetsbedømmelsen innebærer ikke å erstatte alle andre argumenttyper med én eneste argumenttype – rettsavgjørelsens rimelighet*

Å hevde at en urimelig (urettferdig) avgjørelse av et rettsspørsmål ikke kan regnes som gjeldende rett, er noe annet enn å hevde at en konkret rimelig-

²¹⁰ Dette er en upresis, men forhåpentligvis pedagogisk nyttig, kortversjon av de juridisk argumentative konsekvensene av grunnantakelsen.

hetsvurdering skal være den eneste argumenttypen i alle tvister. Jeg hevder ikke det sistnevnte standpunktet gjennom min grunnantakelse. Forskjellen i synsmåtene illustreres godt av høyesterettspraksis om Odelslova 28.6.1974 nr 58, hvor § 21 åpner for å fravike den lovbestemte odelsrekkefølgen dersom resultatet ellers ville bli «klårt urimeleg».²¹¹ Både i Store Døvikdommen, Rt 2000 s 1634²¹² på s 1642 nestsiste avsnitt, og i Hillerendommen, Rt 2005 s 1515²¹³ avsnitt 29, har Høyesterett poengtert at urimelighetsvurderingen etter § 21(2) *ikke* innebærer at løsningsrettsspørsmålet skal avgjøres etter en «konkret rimelighetsvurdering av hvem som burde sitte med eiendommen». Disse dommene gjelder tolkingsspørsmål i et tradisjonelt gjeldende rett-perspektiv, men de illustrerer også det poeng at urimelighetstesten etter min grunnantakelse ikke innebærer å erstatte alle andre argumenttyper med én eneste argumenttype – rettsavgjørelsens rimelighet.

(2.3) *Urimelighetsbedømmelsen gjelder enhver lovregel, uskrevne rettsregler eller rettspraksis, men virkningene skal bedømmes konkret (individuell) i forhold til sakens parter*

Like klart som at urimelighetsbedømmelsen ikke innebærer å erstatte alle andre argumenttyper med én eneste argumenttype, rettsavgjørelsens rimelighet, er det at urimelighetsbedømmelsen gjelder lovregler, uskrevne rettsregler eller rettspraksis som sådan. Den rettslige kjernen i grunnantakelsen er nettopp at «urimelighet» regnes som en pliktig argumenttype av stor betydning for å avverge de urimelige resultater som rettsanvenderen ellers ville måtte komme til ut fra den samlede argumentsituasjonen.

All lovgivning og ulovfestet rett som etter gjeldende rett gjør rimelighetsvurderinger til et sentralt avgjørelsesstema, bygger på den forutsetning at det er den konkrete (individuelle) rimeligheten som skal bedømmes, jf nærmere om dette grunnleggende poenget i avsnitt 3.2.2 nedenfor. Når parter tvistes om anvendeligheten av den alminnelige formuerettslige lempningsregelen i Avtl § 36, er det ikke urimeligheten abstrakte typetilfeller, men derimot urimeligheten for den individuelle saksøker Peder Ås, og bedømt ut fra de konkrete omstendighetene som påberopes, som retten må ta stilling til.

En slik urimelighetsbedømmelse som jeg tar til orde for, foregår allerede i den norske rettsordningen, men da innenfor en tradisjonell juridisk argumentativ ramme, hvor «urimelighet» er et tillatt, men ikke pliktig moment ved en harmoniserende godhetsvurdering, altså når urimeligheten benyttes

²¹¹ Odelslova § 21 behandles nærmere i avsnitt 3.2.2(3.16) nedenfor.

²¹² Førstvoterende dommer Frisak, med tilslutning fra dommerne Rieber-Mohn, Tjomsland, Oftedal Broch og Gjølstad.

²¹³ Førstvoterende dommer Bruzelius, med tilslutning fra dommerne Coward, Oftedal Broch, Utgård og Aasland.

som reelt hensyn. Paradeeksemplet på hvilket beslutningsdilemma en rettsanvender kan komme ut for i en slik situasjon er vel fortsatt Nagell-Erichsen-dommen, Rt 1982 s 745. Om Høyesterett måtte ha dømt motsatt i denne saken, dersom dommerne hadde anvendt min grunnantakelse, er likevel et åpent spørsmål. Også når rettsanvendere forpliktes til å inkludere urimelighetsvurderingen i harmoniseringen av foreliggende argumenttyper, vil det fortsatt være rom for delte oppfatninger om resultatet av denne urimelighetsvurderingen. Det framstår ikke som opplagt at Høyesterett i denne saken – basert på min grunnantakelse – måtte ha vektlagt den konkrete urimeligheten for den private part mer enn verdien av å sparke en typisk lovendringsball over til politikernes banehalvdel. Høyesterett valgte som kjent den siste løsningen i denne saken. Man kan vel ikke utelukke at det allerede den gang kan ha blitt tillagt en viss vekt at herr Nagell-Erichsen som sentralt plassert eier i Aftenposten-sfæren var en av Norges rikeste menn – og saktens hadde råd til at underholdsbidraget som hans kone mottok for sitt barn fra forrige ekteskap, ble skattlagt på toppen av hans inntekt, dvs med 80 % skatt etter reglene som gjaldt den gangen. Og et slikt tolkingsmoment vil jo ikke forsvinne, sjøl om domstolene skulle bli ansett forpliktet til å skyve urimelighetbedømmelsen i forgrunnen.²¹⁴

(2.4) *Rimelighet betyr ikke bare fordelingsrettferdighet (likebehandling)*

I sitt mest kjente arbeid om moralfilosofi, «Den nikomakiske etikk», formulerte Aristoteles sine to prinsipper om rettferdighet, henholdsvis fordelingsrettferdighet (distributiv rettferdighet) og bytterettferdighet (utvekslingsrettferdighet) (*Aristoteles* 1996 s 46 siste avsnitt flg). Disse prinsippene har siden gått igjen i svært mange moralfilosofiske diskusjoner om innholdsmessig (materiell) rettferdighet, og har også satt dype spor i rettsteorien og det praktiske rettsliv.

Aristoteles' egen forestilling om fordelingsrettferdighet var preget av hans privilegerte status i datidas samfunn. Hans prinsipp om fordeling etter verdighet bygde på et partikularistisk (gradert) verdighetsbegrep, hvor bl.a. slavene ikke hadde noen verdighet, og samfunnets makthavere hadde høyest verdighet. Maksimen «suum cuique tribuere», dvs «å tildele enhver det som er hans rett»²¹⁵, som er en velkjent gjengivelse fra Corpus Iuris Civilis (*D[igesta]* 1[. bok], 1[. fragment], 10[. tittel], 1[. setning])²¹⁶ er, som *Wetlesen* 1992 (s 16–20) har framhevet, en implementering av et slikt partikula-

²¹⁴ Nagell-Erichsen-dommen behandles også i avsnitt 3.2.2(4.3) og avsnitt 3.2.4(2.4) nedenfor.

²¹⁵ Min oversettelse fra latin.

²¹⁶ Maksimen innledes slik, i foregående setning: «Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.» (*D[igesta]* 1[. bok], 1[. fragment], 10[. tittel], 0[. setning]. *Behrends m.fl.* 1995 s 94), dvs (i min oversettelse): «Rettferdighet er den uforanderlige og evige vilje til å tildele enhver det som er hans rett».

ristisk verdighetsprinsipp. Å framheve maksimen som et ideal i vår tid er følgelig i beste fall å spre et tvetydig budskap.²¹⁷

Aristoteles' rettferdighetsprinsipper sto åpenbart i gjeld til det ekvivalensprinsipp (likevektsprinsipp) som egypterne ifølge *Anners* 1983 (s 24 andre avsnitt) hadde utviklet vel 1000 år tidligere, symbolisert ved to vektskåler i likevekt. De fleste norske jurister forbinder vel disse vektskålene med den atskillig yngre romerske rettferdsgudinne Iustitia. Som rettferdighetsprinsipp er likevektsprinsippet altså urgammelt – noe også *Øyrehagen Sunde* 2005 (s 139 flg) framhever.

I «Den nikomakiske etikk» hadde imidlertid Aristoteles også en særdeles interessant ytring om sammenheng mellom lovstyring og rimelighetsavgjørelser. Formuleringen står i femte bok avsnitt 10, hvor forfatteren innledet med å fortelle at han nå skulle se på hvordan rimelighet forholdt seg til rettferdighet. Her hevdet Aristoteles bl.a.:

«... Og det er selve det rimeliges natur å være et korrektiv til loven hvor den svikter på grunn av sin almene karakter. ...» (*Aristoteles* 1996 s 56 nestsiste avsnitt.)

Aristoteles' ord her, som man kunne tro at var klippet rett ut av Eckhoffs «Rettskildelære», har åpenbart gått mang en filosof og rettsvitenskaper hus forbi, ikke bare *Ross* 1953, som jeg nå skal ta for meg:

I den grad min grunnantakelse forstås slik at jeg *ikke* hevder noe annet enn at et moralsk *likhetsprinsipp* må antas å være en integrert bestanddel av den norske rettsordningen, vil man mot denne antakelsen med rette kunne innvende at den er triviell – eller intetsigende. Allerede *Ross* 1953 forsøkte å torpedere rettferdighetsargumentets juridisk argumentative betydning gjennom en slik – med retorisk snedighet introdusert – reduksjonistisk definisjon:

«... Ud fra den opfattelse, at alle retlige problemer er fordelingsproblemer, går retfærdighedens postulat ud på et krav om lighed i fordeling eller tildeling af fordele eller byrder. *Retfærdighed er lighed*. ...» (*Ross* 1953 s 351 nestsiste avsnitt. R.s kursivering fjernet. Min kursivering.)

Dette definisjonsforsøket må karakteriseres som forfeilet, allerede av den grunn at *Ross* overså bytterettferdigheten (utvekslingsrettferdigheten), og dermed hadde halvert Aristoteles' grunnleggende klassifisering av rettferdighetsbegrepet i to undertyper. Og i like stor grad kunne man ha konfrontert *Ross* med Aristoteles-ytringen som jeg siterte rett ovenfor.

At likhetsprinsippet i en generalisert form gir liten veiledning om de vesentlige uenighetene i moralfilosofien eller rettsteorien, er ellers ikke noe som *Ross* var den første (og neppe vil være den siste) til å hevde. Likhetsprinsippets vaghet er ikke minst påtakelig i forhold til bytterettferdigheten (utvekslingsrettferdigheten). Utbredelsen av *forholdsmessighetsprinsippet*

²¹⁷ Peter Blume, Ditlev Tamm og Vibeke Vindeløv synes å ha oversett denne siden ved Aristoteles' moralfilosofi da de valgte «Suum cuique» som hovedtittel på den for øvrig leseverdige antologien «Retsvidenskabelige afhandlinger : Københavns Universitet 1991».

(proporsjonalitetsprinsippet) kan betraktes som et forsøk på å erstatte denne vagheten med et mer anvendelig avveiningskriterium, se nærmere avsnitt (7.2.3) nedenfor.

I avsnitt 3.1.1(1) foran framhevet jeg at både Hart og Fuller, uavhengig av deres innbyrdes uenighet om separasjonstesen mellom rett og moral, syntes å være enige om at likhetsprinsippet måtte være en byggestein i alle rettsordninger. Samtidig er det åpenbart at likhetsprinsippet har gitt opphav til stor strid om føringene for rettsanvendelsen i konkrete saker. Den sidestillingen av rimelighet (rettferdighet) og formell likhet som *Ross* 1953 forsøkte seg på, er imidlertid åpenbart uholdbar – og derfor kan hans trivialitetsargument uten videre legges til side.

Ut over å «parkere» *Ross'* definisjonsforsøk er det ikke nødvendig å gå nærmere inn på forskjellige definisjoner eller typologier over mitt rimelighetsbegrep, som i sammenhengen her er reint formelt, jf avsnitt (1) foran.

I Eckhoffs «Rettferdighet : ved utveksling og fordeling av verdier» (1971a) er det fordelingsrettferdigheten (den distributive rettferdigheten) som er i fokus for drøftelsen, akkurat som hos *Ross* 1953. Arbeidet inneholder en rekke innspill om materiell rettferdighet, men moralfilosofiske føringer for konkret juridisk argumentasjon er ikke i fokus.²¹⁸

(2.5) Valget av «urimelig» som vurderingstema istedenfor «klart urimelig» eller liknende

Jeg har i grunnantakelsen stilt som vilkår for at en rettsavgjørelse kan regnes som gjeldende rett at den ikke er urimelig. Et spørsmål som kan stilles er hvorfor jeg ikke har valgt å kvalifisere bruken av dette vurderingsadjektivet, f.eks. gjennom å bruke betegnelsen «klart urimelig», slik det er så vanlig i både lovbestemmelser og uskreven (domstolskapt) rettsdannelse.

Mitt valg av «urimelig», som kontrast til «klart urimelig», «åpenbart urimelig», «sterkt urimelig» eller liknende kvalifiserende betegnelser av urimelig, er i all hovedsak forankret i samme begrunnelse som Justisdepartementet i sin tid ga for å bruke det ukvalifiserte vurderingsadjektivet «urimelig» da den generelle formuerettslige lempningsbestemmelsen i Avtl § 36 ble fremmet for Stortinget i 1983. Jeg har gjort ganske detaljert rede for departementets begrunnelse i avsnitt 3.2.2(3.10) nedenfor. Kortversjonen er at det er vanskelig å skille mellom «urimelig» og f.eks. «klart urimelig», og at departementet ikke ønsket å legge unødvendige føringer for

²¹⁸ En rekke arbeider i norsk rettssosiologi etter 1945 har beskjeftiget seg med rettferdighet definert som likhet. Vilhelm Auberts «Likhet og rett» (1964) er en klassiker. Det beste eksemplet på at likhet ikke i seg sjøl løser alle moralske dilemmaer knyttet til praktisk rettsanvendelse har vel Thomas Mathiesen gitt, i «Retten i samfunnet», pensumbok i rettssosiologi for en hel generasjon jurister, ved å vise til at den franske 1800-tallsforfatteren Anatole France hadde uttalt at «"loven, i sin majestetiske streben etter likhet, forbyr såvel den rike som den fattige å sove under broene, å tigge i gatene og å stjele brød"» (2005 s 213 avsnitt 3.3).

rettsanvendelsen. Fra en språkfilosofisk synsvinkel kunne man tilføye at det med hensyn til betydning (mening) er analytisk umulig å skille skarpt mellom disse betegnelse. Man vil alltid ende opp i et vaghetsområde hvor språkkonvensjoner, dvs – praktisk sett – rettspraksis, blir utslagsgivende for grensedragningen, slik bl.a. skillet i strafferetten mellom «uaktsomhet» og «grov uaktsomhet» er fastlagt.

Siktemålet med min grunnantakelse er å øke bruken av rimelighetssensur i praktisk rettsanvendelse, ikke å minke bruken. Allerede av den grunn ville det være forfeilet å formulere den moralfilosofiske normen strengere enn i Avtl § 36.

Den praksis som er utviklet for urimelighetssensur av tyngende forvaltningsvedtak i kjølvannet av Mortvedt-dommen, Rt 1951 s 19, og som jeg adresserer i avsnittene (7.1.3) og 3.2.2(4.2) nedenfor, er i all hovedsak basert på bruk av forskjellige kvalifiserende adverb, så som «åpenbart» urimelig, «sterkt» urimelig eller «grovt» urimelig. Generelt kan man følgelig hevde at terskelen for å få satt til side et tyngende forvaltningsvedtak pga urimelighet er høyere enn terskelen for anvendelsen av lempningsregelen i Avtl § 36. Det er også på det rene at kontrollen med forvaltningsavgjørelsers rimelighet etter gjeldende rett er lempeligere enn det som ville være følgen av å anvende min grunnantakelse.

(3) *Begrunnelse av betegnelsen «kan ikke regnes som» gjeldende rett*

Med denne betegnelsen ønsker jeg å få fram at kravet om at rettsavgjørelsen ikke må være urimelig, er en argumenttypenorm (rettskildenorm), altså en norm om rettsavgjørelsers *interne gyldighet*, på linje med andre gyldighetsnormer i rettsordningen. Dersom den aktuelle rettsavgjørelsen ikke passerer urimelighetstesten, er den ikke bare moralsk forkastelig; da kan den heller ikke regnes for å være rettslig holdbar, altså være gjeldende rett. Mitt ordvalg inkorporerer mao rimelighetsbedømmelsen som en *pliktig* argumenttypenorm i rettsordningen. Slik etableres en styrket sammenheng mellom rett og moral.

Motsetningsvis vil en rettsavgjørelse etter gjeldende rett bli regnet for å være holdbar, sjøl om retten i premissene gir uttrykk for at resultatet anses urimelig, dersom retten likevel anser andre argumenttyper for mer tungtveiende, og følgelig avgjør saken slik at det urimelige resultatet blir stående. Et typisk eksempel på dette var Nagell Erichsen-dommen, Rt 1982 s 745, som jeg kommer tilbake til flere steder i fortsettelsen.

(4) *Moralfilosofisk begrunnelse av grunnantakelsen med forankring i en nylesning av universaliseringsmaksimen i Kants moralfilosofi*

(4.1) *Universaliserings-formuleringen av det kategoriske imperativ – den vanlige lesningen*

Universaliseringsmaksimen i Kants moralfilosofi, én av i alt seks sentrale formuleringsalternativer av hans kategoriske imperativ²¹⁹, lyder i den oftest gjengitte versjonen fra «Grundlegung zur Metaphysik der Sitten» (1785) slik:

«... [H]andle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde.» (Kant 1785 s 51. [BA s 52])²²⁰

Denne maksimen²²¹, som gir en kjerneformulering av Kants deontologiske²²² moralfilosofi, har Wyller 1996 i lys av Kants handlingsteori utlagt til (spissformulert) å bety at den «påbyr oss å handle som frie, rasjonelle vesener» (s 147 andre avsnitt). Også Eng 2006 (s 371 flg avsnitt 4.5.2) framhevet friheten, negativt og positivt, som et sentralt aspekt ved universaliseringsmaksimen, og at følgen av denne betraktningen er at ethvert positivt rettssystem må kunne (tåle) å bedømmes med fornuften som målestokk. Wyller 1996 utdypet sitt syn med at en handling for å være forenlig med universaliseringsmaksimen verken må være forårsaket av kroppslige behov eller betinget av mulige nytteeffekter, men være forankret i det syn at alle mennesker har samme verdi, dvs samme menneskeverd (s 148–49).

Kjernen i universaliseringsmaksimen, slik betydningen også framstår etter vanlig leksikalsk lese måte, er at den oppstiller et *formelt likhetsprinsipp*

²¹⁹ Førstehjelp (for lesere som behersker tysk) til de seks forskjellige formuleringene av Kants kategoriske imperativ fins på Wikipedia: <http://de.wikipedia.org/wiki/Kategorischer_Imperativ>. For de som bare behersker engelsk, gir Wikipedias side for tilsvarende oppslagsordet dessverre bare forklaring av tre av formuleringene, se <http://en.wikipedia.org/wiki/Categorical_imperative>, [begge sider besøkt siste gang 9.8.2007]. For en instruktiv innføring i Kants moralfilosofi, se Wyller 1996 (s 137–58). For et ganske fyldig utvalg av Kants moralfilosofiske skrifter på norsk, se «Immanuel Kant : Moralløve og frihet : Moralfilosofiske skrifter», utvalg, innledning og oversettelse ved Eivind Storheim, 2. utg, Oslo: Gyldendal 1997. Se endelig Eng 2006 (s 361–427), som ikke bare gir en grundig redegjørelse for Kants moralfilosofi, men også søker å begrunne at en kantiansk moralposisjon gir den beste målestokken for bedømmelsen av rettssystemet.

²²⁰ På norsk, i oversettelsen til Wyller 1996 (s 147 siste avsnitt): «[H]andle bare gjennom den maksime gjennom hvilken du samtidig kan ville at den skal bli en allmenn lov.» Sidehenvisningen i hakeparentes er til de opprinnelige utgavene (A-utgaven i 1785, B-utgaven i 1786), i henhold til alminnelig notasjonskonvensjon.

²²¹ Kant 1785 (s 51 [BA s 50, s 51]) forklarte i en fotnote sitt begrep 'maksime' som «das subjektive Prinzip zu handeln», altså en subjektiv handleregel (slik *Filosofileksikon* 1996 s 363 første sp). I kontrast til den subjektive handleregelen oppstilte Kant loven som den objektive regelen, gyldig for enhver fornuftig person.

²²² Av gammelgresk δέον (deon), som betyr plikt, eller nødvendighet (Liddell og Scott 1966 s 155).

som handleregel: Handle slik i det enkelte tilfelle som du ville gjort i alle likeartete tilfeller!

Men, som Wyller også framhevet (samme sted), ville mange slags handlinger kunne være forenlig med en slik lesning, uten å stemme overens med Kants syn, f.eks. å ta andres liv, hvis man også var villig til å ta sitt eget: Kant var bl.a. motstander av sjølmord, fordi det krenket menneskeverdet.

Denne forståelsen kan hevdes å utelukke – og her er det altså den moralske bedømmelsen vi har for øye – at rettsanvendere avgjør et rettslig tvils-spørsmål som involverer et rimelighetskriterium, f.eks. en tvist om anven-deligheten av lempningsregelen i Avtl § 36, ut fra en konkret (individuell) bedømmelse av rimeligheten til den omtvistete avtalen. Jeg er ikke enig i dette argumentet, og denne uenigheten er basert på en «nylesing» av Kants universaliseringsmaksime. Som det framgår av fortsettelsen i avsnitt (4.3) nedenfor, er mitt standpunkt inspirert av en lite påaktet argumentasjonslinje i Eckhoffs «Rettskildelære». Før jeg går inn på Eckhoffs synspunkt, skal jeg i avsnitt (4.2) straks nedenfor kort rekapitulere hvordan Kants universa-liseringsmaksime ble nedfelt i Den sveitsiske sivilrettslovbok (1907), og hvordan denne lovfesting har influert på norske rettsvitenskapers forstå-else av maksimen.

(4.2) *Universaliseringsmaksimen slik den ble nedfelt i Den sveit-siske sivilrettslovbok (1907)*

Den formuleringen av den vanlige lesningen av Kants universaliserings-maksime som trolig er best kjent for rettsvitenskapere i vår kulturkrets, er nedfelt i Den sveitsiske sivillovbok fra 1907, Schweizerisches Zivilgesetz-buch (ZGB) art 1(2). Her er maksimen lovfestet som retningslinje for dom-stolenes rettsskapende virksomhet i situasjoner hvor ingen rettslige holde-punkter for avgjørelsen av en rettstvist kan hentes fra «håndfaste» argumenttyper. Bestemmelsen lyder slik²²³:

«Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.»²²⁴

I de siste tiåras norske rettsteori er det bare *Augdahl* 1973 (s 46–52) som har viet brei plass til ZGB art 1(2) som retningslinje for domstolenes retts-skapende aktivitet. I forhold til problemstillingen her interesserer i første rekke at Augdahl fulgte den vanlige lese-måten, konform med Kants univer-

²²³ Per 1.7.2007 ifølge den sveitsiske regjeringens hjemmeside <<http://www.admin.ch/-ch/d/sr/210/index.html>>.

²²⁴ På norsk, i min oversettelse: «Dersom ingen regel kan utledes av loven, skal retten avgjøre retts-spørsmålet etter sedvanerett, og eksisterer heller ingen slik, skal rettsspørsmålet avgjøres etter den regelen som retten ville ha gitt som lovgiver.»

saliseringsmaksime, nemlig at dommeren «naturligvis» forutsettes å oppstille den regel «som han finder å ha de beste legislative grunne for sig» (s 46 siste avsnitt). Augdahls kommentar til at enkelte fortolkere hadde utlagt denne lovbestemmelsen slik at domstolen aldri tillates å «dømme på basis av konkret billighet», kunne kanskje tyde på at Augdahl likevel var i tvil om forståelsen av universaliseringsmaksimen:

«Men en regel kan jo nettopp *gå ut på at* der i tilfelle av den og den art skal dømmes etter konkret billighet.* Og hvor dommeren anser denne ordning for å være den legislativt beste, er han ubestridelig i god overensstemmelse med uttrykksmåten i artikkel 1 når han dømmer på basis av konkret billighet, noget som ofte gjøres i sveitsisk rettspraksis.» (Augdahl 1973 s 47 tredje avsnitt.)

Sammenhengen mellom første og andre setning i sitatet er ikke lett å få tak på, for hvis det i en aktuell tvist foreligger en rettsregel om løsning av tvisten etter et rimelighetskriterium, har jo ikke domstolen behov for å falle tilbake på retningslinjen i ZGB art 1(2). Denne bestemmelsen hjemler neppe at en domstol anvender et lovbestemt rimelighetskriterium på en generaliserende måte, men det er uansett en annen problemstilling, irrelevant i forhold til problemstillingen her. Lest med velvilje kan denne passusen uansett forstås som et minimumsforsvar for bruk av rimelighetsvurderinger i rettsanvendelsen. Mer tydelig ble derimot Augdahl, da han i det umiddelbart følgende avsnittet tok stilling til hva retningslinjen i Den sveitsiske sivillovbok etter hans mening betød:

«En annen sak er det at ingen nogenlunde normal dommer vil anse den nevnte ordning for å være den beste *overalt* hvor der må dømmes uten støtte i lov eller sedvane. Og hvor han ikke anser den som den beste, skal han altså dømme etter en annen regel – den han finner legislativt best – selv om denne *in concreto* fører til et mindre tilfredsstillende resultat.» (Augdahl 1973 s 47 fjerde avsnitt.)

Her uttalte Augdahl uten omsvøp at en konkret urimelig rettsavgjørelse var den nødvendige prisen for en legitim, rettsskapende tvisteløsning etter den generaliserende metode som ZGB art 1(2) foreskreiv.

Da Skoghøy 1994 (s 847 første avsnitt) om prinsippet i ZGB art 1(2) hevdet at «det er alminnelig enighet om at dette prinsippet også må legges til grunn hos oss», hadde han sine ord i behold i forhold til synspunktene til de fleste norske rettsvitenskapere som hadde ytret seg om denne bestemmelsen. Men med denne bemerkningen overså Skoghøy at Eckhoff i alle tre utgaver av «Rettskildelære» argumenterte tydelig mot et slikt ideal for domstolenes rettsskapende virksomhet. Eckhoffs syn er temaet for drøftelsen i neste avsnitt.

(4.3) *Alternativ lesning, forankret i Eckhoffs kritikk av den vanlige lesningen*

Allerede i førsteutgaven av «Rettskildelære» (1971b s 188 andre avsnitt flg) gikk Eckhoff klart ut mot et slikt «generaliseringspåbud» som i ZGB art 1(2), dersom dette kommer i veien for konkrete godhetsvurderinger i den enkelte sak. Eckhoff opplyste i sammenhengen at rettsvitenskapere som Hagerup, Platou, Stang, Gjelsvik og Augdahl hadde sluttet seg til prinsippet om at avgjørelsen av det konkrete tvistes spørsmålet måtte være forankret i en generell regelformulering, i tråd med regelen i Den sveitsiske sivillovbok art 1(2). Men et slikt standpunkt var ikke Eckhoff enig i:

«... Selv ... stiller meg noe skeptisk til det ubetingede krav om regelorientering. Det er vel og bra at dommere forsøker å se ut over den foreliggende sak i sine vurderinger, men de bør etter mitt skjønn *også* vurdere saken. Hva som er gode løsninger i de individuelle tilfelle, er noe som dom-[s 189]stolene har godt grunnlag for å bedømme. Og jeg ser ingen grunn til å oppfordre dem til å skyve slike overveielser fra seg og forlange at de utelukkende skal basere seg på generelle betraktninger. Det er de ofte dårligere rustet for – både fordi det kreves politisk nøytralitet av dem, og fordi de ofte har et spinkelt og tilfeldig erfaringsmateriale å bygge på. Det må også tas i betraktning at domstolene er nødt til å avgjøre de saker som de får seg forelagt, mens lovgiverne kan vente med å ta standpunkt til de synes de har tilstrekkelig oversikt over problemene. ... [E]n usikker formening om hva regelen bør være, bør ikke veie tyngre enn en sikker følelse av hva som er et rimelig resultat i den foreliggende sak.» (Eckhoff 1971b s 188 siste avsnitt flg.²²⁵)

Eckhoffs argumentasjon for det synspunkt at målestokken for domstolenes samlende avveining av løsningen på et rettsspørsmål i situasjoner hvor de må skape ny rett, burde være godhetsvurderingen i den *konkrete* saken, ikke godheten vurdert som *generell* regel, synes å ha påkalt liten oppmerksomhet i norsk rettsvitenskap.²²⁶ Det kan nok ha en viss sammenheng med at Eckhoff i sin behandling i «Rettskildelære» (1971b s 313 nestsiste avsnitt) av det tilsvarende spørsmålet om konkret eller generell rimelighet burde vektlegges mest ved bruk av rimelighetsvurderinger som reelt hensyn («godhetsvurderinger» i hans terminologi), inntok et «helst begge deler»-standpunkt, etter først å ha vist til den mer prinsipielle ytringen som jeg har sitert rett ovenfor. Eckhoffs opprinnelige standpunkt ble vesentlig klargjort i andreutgaven av «Rettskildelære», og lød der slik:

«... Som nevnt ... har det vært hevdet at dommere bør føle seg som lovgivere når de tar stilling til uløste spørsmål, dvs at de bør knytte sine vurderinger til regelen og ikke

²²⁵ Likedan i Eckhoff 1987a (s 175 siste avsnitt); og Eckhoff 1993 (s 172 siste avsnitt); uendret i Eckhoff og Helgesen 2001 (s 205 første avsnitt).

²²⁶ Nygaard 2004 (s 154 flg) er blant de få som har plukket denne hansken, mest i tilknytning til Eckhoffs noe mer tvetydige uttalelse om generell versus konkret rimelighet ved godhetsvurderinger generelt. Se framstillingen i brøteksten umiddelbart etter denne fotnoten, og – når det konkret gjelder Nygaards kritikk – avsnitt 3.2.4(2.3) nedenfor.

til saksutfallet. Men de fleste dommere anser nok løsningen av individuelle saker som sin viktigste oppgave. Helst bør det vel bli tatt hensyn til begge deler, slik at bedømmelse av hva som er et godt resultat blir basert på en totalvurdering hvor både den individuelle tvist og den generelle regel tas i betraktning.» (Eckhoff 1987a s 307 nest-siste avsnitt.²²⁷)

Eckhoffs argumentasjon til forsvar for den konkrete rimelighetsbedømmelsens fortrinn når dommere står overfor uløste rettsspørsmål er en kraftfull imøtegåelse av den vanlige lesemåten av universaliseringsmaksimen i Kants rettsfilosofi. Hans argumentasjon rokker også det standpunktet at det er uforenlig med det formelle likhetsprinsippet å avgjøre en rettstvist på det grunnlag som antas å gi et konkret rimelig resultat. Eckhoff svekket riktignok sin egen argumentasjon noe gjennom «helst begge deler»-synspunktet i tilknytning til godhetsvurderinger som reelt hensyn. Ut fra de to sitatene er det imidlertid neppe grunnlag for å være i tvil om hvilket Eckhoff ville legge mest vekt på.

I «Rett og rettferdighet» (1989b) ga Eckhoff en generell advarsel mot overdreven bruk av rimelighetshensyn ved avgjørelsen av rettsspørsmål. I en samlet vurdering av Eckhoffs juridiske metodesyn må imidlertid den uendrete formuleringen i tre utgaver av «Rettskildelære» vektlegges mye mer enn synspunktene som framkom i det nevnte arbeidet, som er en kort tidsskriftartikkel.²²⁸

Eckhoff koplet ikke sjøl sin argumentasjon sammen med universaliseringsmaksimen, men tilknytningen er likevel åpenbar. Det er etter min mening ut fra samme argumentasjonslinje uansett grunnlag for å hevde at verken Kants universaliseringsmaksime eller det formelle likhetsprinsippet gir argumentativ støtte for å kreve noe mer av en rettsavgjørelse enn at rettsanvenderen må kunne innestå for at den konkrete rimelige løsningen han går inn for, er en universaliserbar løsning for andre tenkelige tvistesituasjoner hvor de vesentligste fakta ikke er annerledes. Å strekke universaliseringsmaksimen lenger enn dette, kullkaster dens forankring i likhetsprinsippet. I en praktisk beslutningssituasjon sier det seg for øvrig sjøl at en rettsanvender ikke kan bruke all verdens tid på å forestille seg «tenkelige tvistesituasjoner» med tilnærmet like fakta av betydning.

Trass i at Eckhoff ikke presiserte det, er det grunn til å understreke at rettsanvendere må treffe en slik konkret rimelig løsning under ivaretagning av akkurat samme krav til upartiskhet og uavhengighet, forankret i rettferdig rettergang-normen i bl.a. EMK art 6(1), som ellers gjelder for rettsavgjørelser.²²⁹ Noen åpning for subjektivism eller privat synsing ligger det mao ikke i denne moralfilosofiske forankringen av grunnantakelsen.

²²⁷ Likedan i Eckhoff 1993 (s 303 nest-siste avsnitt); uendret i Eckhoff og Helgesen 2001 (s 371 nest-siste avsnitt).

²²⁸ Se nærmere om Eckhoff 1989b i avsnitt 3.2.4(2.6) nedenfor.

²²⁹ Innvendingene om at konkret rimelige løsninger på rettsspørsmål truer objektivitet og forutberegnelighet i rettsordningen imøtegår jeg i avsnitt 3.2.4(2.1) og (2.2) nedenfor.

(4.4) *Den alternative lesningen gir bedre samsvar med «formål i seg sjøl»-formuleringen av det kategoriske imperativ*

Jeg nevnte i avsnitt (4.1) ovenfor at Kant formulerte sitt kategoriske imperativ på forskjellige måter. Ved siden av universaliseringsformuleringen som jeg gjenga i det avsnittet, nyttet Kant også den såkalte «Zweck an sich-Formel» («formål i seg sjøl»-formuleringen), som i «Grundlegung zur Metaphysik der Sitten» lød slik:

«... Handle so, daß du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern, jederzeit zugleich als Zweck, niemals [BA s 67] bloß als Mittel brauchest. ...» (Kant 1785 s 61. BA s 66–67.)²³⁰

Kjernen i denne «formål i seg sjøl»-formuleringen er det lille ordet «bloß» als Mittel, altså «bare» som middel. Hva Kant sjøl mente med ordet, er det produsert hyllemetre med bøker om etter hans død. *Wetlesen* 2002 har framhevet at Kant iallfall ikke mente at man aldri kunne bruke andre som middel, da ville intet samarbeid mellom mennesker være mulig (s 214).

I sammenhengen her vil jeg nøye meg med å hevde at rettsanvendere ved å prioritere den konkret rimelige løsningen ved rettslig tvil, istedenfor å gå omveien om (en misforstått versjon av) universaliseringsmaksimen, vil eliminere enhver eventuell beskyldning om å ofre den konkrete parten på rettsenhetens eller lovgiverlojalitetens alter. Slik sett bestyrker de to formuleringene av det kategoriske imperativet hverandre, anvendt som begrunnelse av min grunnantakelse.

(4.5) *Den alternative lesningen gir bedre samsvar med de alminnelige oppfatninger av induksjonsproblemet*

Det standpunkt at rettsanvendere i rettslige tvilstilfelle, og spesielt ved vurderinger av en rettsavgjørelses urimelighet, bør legge mer vekt på om avgjørelsen vil stemme overens med en tenkt, *generelt god* regel, enn på om avgjørelsens resultat vil være *konkret godt* i den aktuelle tvisten, kan etter min mening hevdes å bunne i en manglende klargjøring av synet på det såkalte «induksjonsproblemet». Dette problemet kan enkelt formuleres – slik *Popper* 1979 gjorde det – som et spørsmål om man kan slutte logisk fra den premiss at et bestemt antall observerte svaner er hvite, til den konklusjon at alle svaner er hvite. Den grunnleggende generelle skeptisismen mot induktive slutninger, at man aldri kan slutte fra «er» til «bør», forbindes først og fremst med David Hume, og hans syn på moraloppfatninger som følelser,

²³⁰ På norsk, i oversettelsen til *Wyller* 1996 (s 149 nestsiste avsnitt): «Handle slik at du alltid bruker menneskeheten i din egen person og i enhver annen person samtidig som et formål og aldri bare som et middel.»

men i fortsettelsen her er det den erkjennelsesteoretiske siden som interesserer.²³¹

Den vanlige lesningen av Kants universaliseringsmaksime innebærer en fordring om at rettsanvendere både i rettslige tvilstilfelle og ved vurderinger av en rettsavgjørelses (u)rimelighet skal konstruere en hypotetisk generell regel, som den påtenkte rettsavgjørelsen skal sammenliknes med, og – hvis sammenlikningen gir grunnlag for det – avgjøres på grunnlag av. En slik framgangsmåte kan etter min oppfatning ikke hevdes å være mer vitenskapelig eller på annet grunnlag bedre enn å legge avgjørende vekt på den aktuelle avgjørelses konkrete (u)rimelighet. Generaliseringstilhengerne foretar nemlig (potensielt) to feilslutninger: (i) konstruksjonen av den generelle regelen baseres på en uholdbar induktiv slutning, og (ii) den konkrete avgjørelsen som baseres på denne (konstruerte) regelen, antas feilaktig å være logisk dedusert fra regelen.

Når det gjelder den førstnevnte feilslutningen, viser jeg til at det fortsatt er alminnelig antatt i vitenskapssamfunnet at induktive slutninger ikke er logisk begrunnbare. Når det gjelder den sistnevnte feilslutningen, framhever jeg at det innenfor den skandinaviske rettsrealismen ikke bare har vært det rådende synet at de enkelte rettsavgjørelsene er *alogiske* – et større antall rettsvitenskapere har også fornektet at det er mulig å begrunne rettsavgjørelser fullt ut rasjonelt. Sjøl Kelsen, den store normlogiker i kontinental-europeisk rettspositivisme, måtte i sitt siste større arbeid (1979 kapitlene 50, 57 og 58) gi opp sin livslange pretensjon om å kunne dedusere løsninger (normlogisk) i enkeltsaker fra en generell norm.

Min konklusjon er følgelig at den alternative lesningen av universaliseringsmaksimen gir best samsvar med de alminnelige oppfatninger av induksjonsproblemet.

(4.6) *Nylesning av Kants universaliseringsmaksime* – *sammenfatning*

Det er nok ikke sjelden at det blant jurister i Norge fortsatt hevdes, i tråd med idealet i Den sveitsiske sivilrettslovbok, at avgjørelsen av et rettslig tvilsspørsmål må treffes ikke ut fra hensynet til konkret rimelighet, men ut fra hensynet til konsekvens og harmoni i rettsordningen. Denne argumentasjonsmåten har etter mitt syn bidratt til en moralfilosofisk Tornerosesøvn i forhold til en åpen moralfilosofisk drøftelse av rimelighetsvurderingens plass i rettsanvendelsen.

Eckhoffs forsvar for individuelle godhetsvurderinger i forbindelse med domstolenes rettsskapende virksomhet kan forstås som en befriende «nylesning» av Kants universaliseringsmaksime. Eckhoffs standpunkt ble eks-

²³¹ For en instruktiv oversikt over ulike tilnærminger til induksjonsproblemet i erkjennelsesteorien i siste halvpart av det 20. århundre, se *BonJour* 1992.

plisitt formulert i tilknytning til hans drøftelse av skranker for domstolenes rettsskapende virksomhet, men jeg kan ikke se det annerledes enn at samme argumentasjon er avgjørende i drøftelsen av rimelighetsvurderingenes vekt generelt under rettsanvendelsen, altså både når slike vurderinger nyttes som argumenttype (reelt hensyn) og anvendes som ledd i regelforankret rimelighetstolkning.

Kants utsagn om at bare et standpunkt som det er mulig for alle å slutte opp om som en allmenn lov, kan fastholdes som en gyldig moralregel, har nok inspirert til en viss skepsis i norsk rettsvitenskap mot at rettsanvendere lar konkret (u)rimelighet være utslagsgivende for tvisteløsning i enkeltsaker. Etter mitt syn bunner slik argumentasjon, forstått på et mer teoretisk nivå, i en sammenblanding av *begrunnelsesdiskurs* og *anvendelsesdiskurs* i tilknytning til Kants universaliseringsmaksime, jf avsnitt 3.1.3(2) foran.

Formål i seg sjøl-formuleringen av Kants kategoriske imperativ – at man ikke skal bruke andre mennesker bare som middel – kan med fordel tolkes som et støtteargument for denne nylesningen av universaliseringsmaksimen. Slik sett understøtter de to formuleringene hverandre gjensidig.

Tilhengerne av den vanlige lesningen av Kants universaliseringsmaksime foretar (potensielt) to feilslutninger i forhold til induksjonsproblemet i erkjennelsesteorien: (i) konstruksjonen av den generelle regelen baseres på en uholdbar induktiv slutning, og (ii) den konkrete avgjørelsen som baseres på denne (konstruerte) regelen, antas feilaktig å være logisk dedusert fra regelen.

Kants universaliseringsmaksime gir mao ikke argumentativ støtte for å kreve noe mer av en rettsavgjørelse enn at rettsanvenderen må kunne innestå for at den konkrete rimelige løsningen han går inn for, er en universaliserbar løsning for alle andre tenkelige tvistesituasjoner hvor de vesentligste fakta ikke er annerledes.

Med denne redegjørelsen har jeg oppfylt kravene jeg oppstilte i avsnitt 3.1.2(3) foran til begrunnbarheten av en svakt kognitivistisk moralfilosofiposisjon. Dermed har jeg også besvart den andre problemstillingen i avsnitt 3.1.3(1) foran om mulighetene for en rasjonell moralfilosofisk begrunnelse av min grunnantakelse.

(5) *Moralfilosofisk begrunnelse av grunnantakelsen med forankring i deler av Rawls' teori om rettferdighet som rimelighet*

Som et alternativ til den moralfilosofiske forankringen av min grunnantakelse jeg ga i avsnitt (4) rett ovenfor vil jeg her dra veksler på deler av John Rawls' teori om rettferdighet som rimelighet, første gang presentert i samlet form i «A Theory of Justice» (1973), og klargjort og delvis reformulert 30 år seinere i «Justice as Fairness : a Restatement» (2001). Rawls' rettferdighetsteori er trolig den mest kjente rettferdighetsteorien i moralfilosofi, politisk filosofi eller normativ politisk teori i siste halvpart av det 20. år-

hundre. Rawls' rettferdighetsteori videreførte kontraktsteoritradisjonen i moralfilosofien, og bygde dermed på en tro på enkeltindividene som autonome og rasjonelle aktører.

Et karakteristisk trekk ved Rawls' bidrag til utviklingen av kontraktsteoritradisjonen i moralfilosofien var hans tro på at alle mennesker er utstyrt med rettferdighetssans (Rawls 1973 s 505 andre avsnitt; Føllesdal 2003b s 24 første avsnitt), som imidlertid *ikke* bygger på et kognitivistisk fundament (om at de rettferdige løsningene er sanne). Rawls' tro på menneskenes rettferdighetssans var imidlertid kombinert med en like klar tilkjennegivelse av at ingen særskilt forståelse av det gode liv kunne gjøre krav på å være overlegen: tvert imot anså Rawls pluralisme som et varig vilkår for et demokratisk samfunn (Rawls 2001 s 84 nestsiste avsnitt). Denne troen har vært tungtveiende for min tiltrekning til Rawls' rettferdighetsteori. Rawls' rettferdighetsteori kan kategoriseres som konsekvensialistisk, men ikke som utilitaristisk – et sentralt poeng for ham var nettopp å etablere et alternativ til allmenntjenesten som styrende moralprinsipp (Pogge 1989 s 40–44; Føllesdal 2003b s 12 første avsnitt).

Rawls' teori om rettferdighet som rimelighet hadde det begrensede siktemålet å løse fordelingsrettferdighetsproblemer innenfor samfunnets grunnleggende institusjoner, herunder lovverket, den økonomiske strukturen m/ skattereglene og familien. Teoriens ene tema var hvordan «slike institusjoner, betraktet under ett, bør påvirke fordelingen av visse goder og byrder» menneskene imellom (Føllesdal 2003b s 17 siste avsnitt flg). Denne siden ved Rawls' teori, som inkluderer Rawls' substansielle rettferdighetsprinsipper (1973 s 302 flg; 1996 s 5 flg; 2001 s 42 flg), dras ikke inn som moralfilosofisk basis for min grunnantakelse.²³² I forhold til min grunnantakelse er det først og fremst Rawls' bidrag til operasjonaliseringen av en rasjonell ramme for diskusjon av rimelige tvisteløsninger gjennom lanseringen av begrepene om (i) «opprinnelig posisjon», (ii) «uvitenhetens slør» og (iii) «overlappende enighet», som er interessante. I fortsettelsen tar jeg meg disse begrepene i tur og orden.

(i) *Om Rawls' begrep om «den opprinnelige posisjonen»:* Rawls' begrep om «den opprinnelige posisjonen» – «the original position» – (1973 s 17 flg, s 118 flg; 2001 s 14 flg, s 80 flg) er hans unike bidrag til kontraktsteoritradisjonen i moralfilosofien. Den opprinnelige posisjonen er det tenkte utgangspunktet for rasjonelle aktørers forhandlinger om rimelige løsninger av tvistesporsmål, bak det uvitenhetens slør som jeg forklarer i pkt (ii) nedenfor. Tankegangen med begrepet var ifølge Rawls «to extend the idea of a

²³² For ordens skyld viser jeg likevel til sammenfatningen hos Føllesdal 2003b (s 15–16) av det substansielle fordelingsrettferdighetsbegrepet i Rawls' teori: dette bygde på to prinsipper, *frihetsprinsippet*, om at ethvert individ har det samme, ukrenkelige kravet på et tilfredsstillende sett av grunnleggende rettigheter, og *prinsippet om sosiale og økonomiske ulikheter*, som i det vesentligste innebærer at alle må ha sjanselighet, og at sosiale og økonomiske ulikheter bare kan rettferdiggjøres dersom de er til fordel for de svakest stilte.

fair agreement to an agreement on principles of political justice for the basic structure» (2001 s 16 avsnitt 6.3). Begrepet generaliserte den velkjente ideen i kontraktsteoritradisjonen om samfunnskontrakten (samme sted). Den opprinnelige posisjonen er for øvrig både hypotetisk og ikke-historisk; hypotetisk, fordi den er utgangspunkt for å spørre hva partene kunne, eller ville, enes om; ikke-historisk, fordi Rawls ikke forventer at enighet har blitt oppnådd, eller faktisk kommer til å bli ble (samme sted). Begrepets kjerne er dets funksjon som tankeeksperiment for å modellere rettferdige avtalevilkår og restriksjoner på slike (2001 s 17 avsnitt 6.4).

(ii) *Om Rawls' begrep om «uvitenhetens slør»*: Rawls' begrep om «uvitenhetens slør» – «veil of ignorance» – (1973 s 136 flg; 2001 s 85 flg) skulle være basis for stridende aktørers stillingtaking til generelle kriterier for avgjørelsen av hva som er konkret rimelige avgjørelser, med utgangspunkt i den opprinnelige posisjonen. Istedenfor å utarbeide en «katalog» eller «typologi» over foretrukne preferanser i interessekonflikter, hevdet Rawls at ved å ta det tenkte uvitenhetens slør med hensyn til egen faktisk posisjon i samfunnet (fattig eller rik, ung eller gammel, utdannet eller godt utdannet, religiøs eller areligiøs osv) som utgangspunkt, ville man kunne etablere konkrete, avtalebaserte grunnlag for løsning av ethvert stridsspørsmål. I en slik situasjon ville den enkelte aktør ikke være villig til å ofre noen enkeltperson til fordel for allmenntjen, hevdet Rawls, fordi denne enkeltpersonen i praksis kunne vise seg å være vedkommende sjøl.

(iii) *Om Rawls' begrep om «overlappende enighet»*: Rawls' begrep om «overlappende enighet» – «overlapping consensus» – (1973 s 580 flg; 2001 s 32 flg) er basert på hans pluralistiske grunnposisjon (omtalt ovenfor). Enighet om (den politiske) forståelsen av en rimelig tvisteløsning måtte derfor være en enighet på tvers av motstridende religiøse, filosofiske og moralske oppfatninger, og med forskjellige begrunnelser (2001 s 32). Begrepet om overlappende enighet var for Rawls et etterstrebellesverdige mål; noen garanti for at en slik enighet kunne oppnås, kunne ikke oppstilles, noe som bl.a. også hadde sammenheng med at den idealiserte beslutningsrammen bygde på en forestilling om at samfunnet var organisert som et rimelig rettferdig konstitusjonelt demokrati, mens virkeligheten kunne være annerledes (2001 s 37 avsnitt 11.6).

*

Rawls' kontraktsteori om rettferdighet som rimelighet, basert på en tro på likeverdige enkeltindividers rettferdighetssans i pluralistiske, konstitusjonelle demokratier, og med begrepene om den opprinnelige posisjonen, et slør av uvitenhet og overlappende enighet, utgjør etter mitt syn en plausibel moralfilosofisk ramme for min grunnantakelse om at en urimelig (urettferdig) avgjørelse av et rettsspørsmål ikke kan regnes som gjeldende rett. Det gjør Rawls' teori *ikke* ved å tilby materielle (substansielle) svar på konkrete (individuelle) rettsspørsmål i rettstvister, men derimot ved å tilby en kom-

pleks moralfilosofisk plattform å relatere slike konkrete tvistes spørsmål til. Rawls' teori kan bidra til å heve rimelighetshensynenes status i rettsordningen, gjennom den ramme for rasjonell og etterprøvbar argumentasjon som han tilbyr.

I norsk rettsteori har Rawls vært forbausende lite påaktet. *Doublet* 1995 (s 451–52) kritiserte Rawls' begrep om den opprinnelige posisjonen som utelukkende hypotetisk, dvs egnet bare for overveielser om hvordan gjeldende rett burde være, mens hans egen hermeneutiske konstruksjon ble anført å være egnet til å analysere gjeldende rettsverdigrunnlag. Rawls' teori hadde ifølge *Doublet* samme svakhet som tradisjonelle naturrettslige systemer, dvs at den fjernet diskusjonen av gyldighetsnormen (i *Doublets* terminologi «evalueringsnormen») fra det systemet man ønsket å diskutere. Som det framgår av min argumentasjon foran, er jeg ikke enig i *Doublets* synspunkter.

Foruten *Doublets* kritiske synspunkter, har *Helge J. Thue* 1989 (s 17–27) gitt en grunnleggende presentasjon og kritisk evaluering av Rawls' teori om rettferdighet som rimelighet.

Med denne redegjørelsen har jeg oppfylt kravene jeg oppstilte i avsnitt 3.1.2(3) foran til begrunnbarheten av en svakt kognitivistisk moralfilosofi-posisjon. Dermed har jeg også besvart den andre problemstillingen i avsnitt 3.1.3(1) foran om mulighetene for en rasjonell moralfilosofisk begrunnelse av min grunnantakelse.

(6) *Moralfilosofisk begrunnelse av grunnantakelsen med forankring i allmennmoralen*

Som et tredje, alternativt, moralfilosofisk grunnlag for min grunnantakelse vil jeg påberope meg allmennmoralen. Jeg startet dette kapitlet med å vise til at andre del av *Corpus Iuris Civilis* åpnet med maksimen «Ius est ars boni et aequi», altså at «retten er det godes og rimeliges kunst». Disse ordene har aldri gått i glemmeboka i rettsordningene i vår kulturkrets, men innenfor den norske rettsordningen må man like fullt åpent medgi at maksimen neppe har vært påberopt, verken på originalspråket eller i norsk oversettelse, i de siste 100 år, iallfall ikke i høyesterettspraksis.²³³

Denne realitet betyr imidlertid ikke at statistikken er så trist når det gjelder direkte påberoping av «(u)rimelighet» eller adjektiv- eller adverbavledninger av denne betegnelsen, eller den eldre varianten «(u)billighet». Tvert imot, i den velkjent pragmatiske – og latinforaktende – norske rettstradisjonen har disse betegnelsene florert i rikt monn, ikke bare som argumenttype (reelt hensyn), men også i lovbestemmelser og i domstolskapt rett, noe jeg tar opp i avsnitt (7.1) nedenfor.

²³³ Et Lovdata-søk 12.8.2007 ga verken treff på hele maksimen eller deler av den, og heller ikke på den norske oversettelsen «retten er det godes og rimeliges kunst», eller deler av denne (herunder alternativet «rettferdiges kunst») i basene over Høyesteretts dommer i sivile saker og straffesaker. Heller ikke i lagmannsrettene var aktørene mer tilbøyelige til å formulere denne maksimen, men her er Lovdatas baser som kjent ikke på langt nær heldekkende.

Jeg betrakter «Ius est ars boni et aequi»-maksimen som en *allmennmoralisk* (ideal)norm, formulert for snart 2000 år siden og i vekslende grad etterlevd i de ulike lands rettsordninger siden den tid.²³⁴ Ved å formulere en grunnantakelse om at den enkelte rettsavgjørelse må oppfylle et *formelt rimelighetskrav* for å kunne regnes for gjeldende rett, vil jeg hevde at jeg – i forlengelsen av denne maksimen – formulerer et allmennmoralbasert kriterium for bedømmelsen av en rettsavgjørelses godtakbarhet.

Knut Erik Tranøy er vel den norske filosof som i vår tid har levert det mest kraftfulle forsvaret for allmennmoralen. I «Det åpne sinn : moral og etikk mot et nytt årtusen» (1998) hevdet Tranøy at allmennmoralen kan betraktes som noe enhver lærer seg i den kultur man fødes inn i, fordi alminnelige mennesker ikke kan unngå å sosialiseres inn i allmennmoralen, på samme måte som de lærer seg et morsmål (s 35 flg). Allmennmoralen ga Tranøy følgende definisjonsliknende forklaring av:

«... Allmennmoralen er det sett av moralske verdier, [s 107] normer og dyder – og de tilsvarende praksiser – som har bred aksept og er internalisert og respektert i en gitt kultur til en viss tid.» (Tranøy 1998 s 106 siste avsnitt flg.)

Tranøy understreket (s 107) at hans forståelse av allmennmoralen ikke innebærer et moralsk konformt samfunn, hvor alle (så godt som alle) deler samme allmennmoral. Tvert imot innebærer betegnelsen «respektert» i definisjonen en aksept av det forhold at man i et samfunn som det norske vil ha flere allmennmoraler, mao en pluralistisk moralsituasjon. Like fullt er et minimumsfellesskap med hensyn til det moralske språk og begrepsrepertoriar «en forutsetning for enighet så vel som uenighet om moralske spørsmål» (s 108 andre avsnitt. Tranøys kursivering fjernet).

Brei aksept var altså for Tranøy et begrepskjennetegn ved allmennmoralen, men bare i relativ forstand, jf sitatet foran, og hans uttrykkelige åpning for flere, parallelt eksisterende allmennmoraler. Denne aksepten må altså ikke oppfattes som et diskursivt konsensus-kriterium i Habermas' forstand.

Tranøy hevdet videre at allmennmoralen, i motsetning til partikulære moralfilosofiske posisjoner, ikke trenger å begrunnes (1998 s 39 flg). I konfrontasjon med en utbredt holdning blant moralfilosofier, representert av Will Kymlicka, som i «Liberalism, community, and culture» (1991 s 186) har hevdet at enhver moralteori må besvare både spørsmålet om hvilke krav moralen stiller til oss, og hvorfor vi må anse oss forpliktet til å oppfylle disse kravene, argumenterte Tranøy med at allmennmoralen «er i orden som den er» (1998 s 42 siste avsnitt), på samme måte som filosofien ifølge Wittgenstein, i «Filosofiske undersøkelser» (1953) avsnitt 124, lot dagligspråket være som det er (samme sted). Før Tranøy kom til denne konklusjonen, hadde han sveipet innom det tradisjonelle forankringspunktproble-

²³⁴ Også ICJ-vedtektene 26.6.1945 art 38(2) anerkjenner «ex aequo et bono» som rettsgrunnlag for domstolens rettsavgjørelser, men riktignok bare dersom partene i en tvist gir samtykke til dette. I ICJ har mao rimelighet som argumenttype en beskjeden plass.

met i vitenskaps- og erkjennelsesteorien, dvs spørsmålet om hvor basalt kunnskap må forankres for å kunne klassifiseres som ‘sann, begrunnet tro (overbevisning)’.²³⁵

I et annet, tidligere publisert, arbeid, «Vitenskap – samfunnsmakt og livsform», 1986, hadde Tranøy grepet fatt i spørsmålet om å begrunne grunnprinsipper fra et vitenskapsteoretisk utgangspunkt (s 47 flg). Her betegnet han slike grunnprinsipper som et stykke «grunnfjell» som man vanskelig kan argumentere for i det hele tatt. I et tredje, også tidligere publisert, arbeid, «‘Ought’ implies ‘can’: a bridge from fact to norm», 1988b, hadde Tranøy brukt betegnelsen «logical primitive elements» for å betegne det samme forholdet – at en moralteori som bygger på Humes tese om at man ikke kan slutte fra «er» til «bør», må starte med en metanorm som ikke sjøl er logisk utledet fra fakta (*Tranøy* 1988b s 55 siste avsnitt).

Tranøys syn på allmennmoralens begrunnbarhet kommer også godt fram gjennom hans syn på enkeltindividet som moralsk teoribygger:

«Forsøk på å “forbedre” allmennmoralen ved å skape en moralteori som er “bedre” eller “mindre ufullkommen” enn allmennmoralen, er et misforstått tiltak. Derimot er det ikke det minste misforstått å forsøke å utvikle sin egen eller sin yrkesgruppes moralske bevissthet, og heller ikke å forsøke å hjelpe andre med en slik utvikling: Det er i det hele ikke mulig å arbeide med sin egen moralske bevisstgjøring uten medvirkning fra andre.» (*Tranøy* 1998 s 43 nest siste avsnitt.)

På samme måte som Wittgenstein argumenterte mot muligheten av et privat språk som bare ett menneske forstår, hevdet også Tranøy at en fullstendig privat moral heller ikke ville være mulig. En personlig moral derimot eksisterer, i form av det utvalget av allmennmoralen som det enkelte menneske aksepterer og internaliserer (s 41 siste avsnitt flg).

Allmennmoralen i den versjonen som Tranøy har forsvart er et attraktivt moralfilosofisk grunnlag for min grunnantakelse, hovedsakelig av følgende tre grunner: (i) allmennmoralen er en brei – i betydningen allment akseptert – moral og moralteori, som jurister flest i Norge uten videre kan forventes å ta for gitt; (ii) min grunnantakelse om sammenheng mellom rett og rimelighet legger ikke føringer for innholdet av de (u)rimelighetsvurderinger som er utslagsgivende for en rettsavgjørelses godtakbarhet; og (iii) grunnantakelsen kan hevdes å samsvare med både den lange linje i forståelsen av rettsanvendelsens moralske formål og de rådende oppfatninger i Norge av dette formålet, og dermed betraktes som et stykke allmennmoral.

Sjøl om allmennmoralen langt på vei kan hevdes å ta sitt innhold for gitt, jf redegjørelsen foran, har jeg gjennom ovenstående begrunnelse forsvart forankringen av min grunnantakelse i allmennmoralen med rasjonelle argumenter, og slik oppfylt kravene jeg oppstilte i avsnitt 3.1.2(3) foran til begrunnbarheten av en svakt kognitivistisk moralfilosofiposisjon. Dermed har jeg også besvart den andre problemstillingen i avsnitt 3.1.3(1) foran om

²³⁵ Jf min egen behandling av dette spørsmålet i kapittel 1 avsnitt 1.1.3(1) og 1.3.1 foran.

mulighetene for en rasjonell moralfilosofisk begrunnelse av min grunnantakelse.

Trass i at grunnantakelsen ikke definerer rimelighetsbegrepet substansielt, impliserer den et minimum av felles moral- og verdioppfatninger (som for eksempel tro på rettsstatsidealene og den norske rettsordningens rasjonalitet), noe som også er et kjerneaspekt ved Tranøys versjon av allmennmoralen.

Spørsmålet om allmennmoralen er det samme som en sunn fornuft-moral er helt på randen av interessefeltet her, men jeg vil likevel kort hevde at man ikke uten videre kan svare ja på spørsmålet. En alminnelig erfaringssetning sier nok at det folk flest er enige om i moralspørsmål også er fornuftig, men dette holder ikke absolutt, heller ikke som et historisk situert utsagn: Tyskere flest støttet i en periode opp om nazistene, men fornuftig var det ikke – og vel heller ikke allmennmoralisk.

(7) *Moralfilosofisk begrunnelse av grunnantakelsen med forankring i den faktiske sammenheng mellom rett og moral etter gjeldende norsk rett*

(7.1) *Sammenfatning av koplinger mellom rett og rimelighet dokumentert i avsnitt 3.2.2(2)–(4) nedenfor*²³⁶

(7.1.1) *Rettslige og moralfilosofiske føringer fra bruk av rimelighetshensyn som argumenttype (reelt hensyn)*

I avsnitt 3.2.2(2) nedenfor dokumenterer jeg at rimelighetshensyn har vært anvendt som argumenttype av domstolene i Norge siden dansketida (dels under henvisning til sakens natur, dels åpent under henvisning til billighet), og fra tidlig på 1900-tallet jevnlig har vært anvendt som argumenttype av Høyesterett, enten under merkelappen «reelle hensyn», eller – noe som har blitt mer og mer vanlig – helt åpent. I norsk rettsvitenskap er det ingen som har trukket i tvil at domstolenes bruk av rimelighetshensyn som avgjørende argumenttype er en legitim praksis, og det har heller ikke på annen måte vært reist spørsmål om svakhetstrekk ved bruken av denne argumenttypen.²³⁷ Eckhoff må gjennom sin framstilling i tre utgaver av «Rettskildelære» mer enn noen annen rettsvitenskaper krediteres for å ha synliggjort de reelle hensyn, og dermed rimelighetsvurderingene, som en egen argumenttype.

Det typiske ved Høyesteretts bruk av rimelighetshensyn som argumenttype er at det bare er når rimelighetshensynene tillegges betydelig eller av-

²³⁶ For et fullstendig grunnlag for drøftelsene her i avsnitt 3.2.1(7.1) viser jeg til avsnitt 3.2.2 nedenfor i sin helhet.

²³⁷ Mot bruk av sjølve betegnelsen «reelle hensyn» som samlebetegnelse for bl.a. rimelighetsvurderinger har det derimot vært reist en god del kritikk, se avsnitt 3.2.2(2.4) nedenfor.

gjørende vekt at de kommer åpent fram i avgjørelsespremissene. Når en tvist løses på annet grunnlag, som er normalordningen, er det sjeldnere at rimelighetsmomentet nevnes.

Blant de rettsavgjørelsene hvor rimelighetshensyn har vært åpent framme, men andre hensyn likevel har blitt utslagsgivende, er avgjørelser hvor enten forutberegnelighetshensynet eller hensynet til lojalitet mot lovgiver har blitt påberopt, trolig de mest kjente.²³⁸ At de nevnte hensyn i utgangspunktet er en tungtveiende virkningsorientert vurdering i Høyesterett, er noe jeg ikke bestrider – men de utgjør etter min vurdering ikke avgjørende innvendinger mot min grunnantakelse.

Et iøynefallende trekk ved Høyesteretts bruk av rimelighetsbetraktninger som argumenttype er at bruken iallfall til en viss grad har blitt standardisert på de rettsområdene hvor liknende skjønnstemaer har kommet opp mer enn bare sporadisk. Gjennom denne mønsterdannelsen er det etablert en *sømløs overgang* mellom (i) Høyesteretts enkeltstående bruk av rimelighetsbetraktninger som argumenttype (reelt hensyn) i rettsavgjørelser, og (ii) domstolskapet – dvs egenprodusert – rett om rimelighetsbedømmelse på visse rettsområder.

En klar svakhet ved bruk av betegnelsen «reelle hensyn» når man mener «rimelighetshensyn» er at slik ordbruk vanskeliggjør en *åpen* diskusjon av den vekt rimelighetshensyn og andre moralske hensyn bør tillegges ved rettsavgjørelser, generelt og konkret i den enkelte sak. Videre kan det hevdes at en slik ordbruk fjerner det rettsteoretisk helt sentrale spørsmålet om koplinger mellom rett og moral fra den hverdagslige arena hvor rettsavgjørelser treffes.

De rettslige føringene av dokumentasjonen i avsnitt 3.2.2(2) nedenfor av bruk av rimelighetshensyn som argumenttype (reelt hensyn) i den norske rettsordningen, er etter mitt syn at separasjonstesens²³⁹ har svak forankring som ulovfestet argumentasjonsteori (rettskildeprinsipp) i norsk rett.

De moralfilosofiske føringene av denne dokumentasjonen er at rettslige (rettsordningsinterne) argumenter *ikke* bestyrker et moralfilosofisk begrunnet forsvar for separasjonstesens.

(7.1.2) Rettslige og moralfilosofiske føringar fra lovforankrete reglar om urimelighetsbedømmelse av forvaltningsavgjørelser, avtaler, oppsigelser, erstatningsutmålinger, mv

I avsnitt 3.2.2(3) nedenfor dokumenterer jeg, etter foretatte Lovdata-søk, at det fins 212 bestemmelser i norsk lov om rimelighetsbedømmelse av forvaltningsavgjørelser, avtaler, oppsigelser, erstatningsutmålinger, mv. Bare

²³⁸ Disse dommene går nærmere inn på henholdsvis i avsnitt 3.2.4(2.2) og (2.4) nedenfor.

²³⁹ Se om separasjonstesens avsnitt 3.1.1(1) foran, og om min første problemstilling i tilknytning til denne i avsnitt 3.1.3(1) foran.

9 av de 212 treffene på søketermen «rimelig*» gjaldt lovbestemmelser fra før 1945, og kun 23 av dem kan plasseres i typisk offentligrettslige fag. Av de sistnevnte bestemmelsene fantes nesten alle i prosesslovgivningen.

Ut fra denne funnprofilen er det grunnlag for den slutning at vår lovgivning ofte nytter *urimelighet* som materiell (innholdsmessig) skranke for løsning av privatrettslige tvister, mens utgangspunktet ved tvister om borgernes rettigheter og plikter overfor myndighetene er omvendt. Det er bare på spesielle rettsområder at man finner lovbestemmelser om tilsidesettelse av urimelige avgjørelser i tvister mellom private og myndighetene, og da kreves i regelen kvalifisert urimelighet.

Dette resultatet bør ikke overraske, tatt i betraktning at forvaltningens inngrep i borgernes sfære i utgangspunktet må være lovforankret (jf Grl § 96 og legalitetsprinsippet). I og med at klarhet er et kjerneaspekt i lov-hjemmelskravet, ville det unektelig framstå som fremmed for vår rettskultur å forankre myndighetsutøvelsen i lovbestemmelser om plikt til å fordele goder og byrder basert på en vurdering av hva som er «rimelig» rett og slett. Til gjengjeld inneholder vår rettsordning *uskrevne (domstolskapte) rettsregler* om kontroll med myndighetsutøvelsen, hvor kvalifisert urimelighet er en viktig ugyldighetsgrunn – noe jeg kommer tilbake til i avsnitt (7.1.3) straks nedenfor.

Når det gjelder lovbestemmelser om rimelighetsbedømmelse av forvaltningsavgjørelser, er Sivilombudsmannsloven § 10, som gir Sivilombudsmannen kompetanse til å uttale at han anser en forvaltningsavgjørelse for «klart urimelig», den praktisk sett eneste lovbestemmelsen av betydning.²⁴⁰

En lovbestemmelse om overprøvelse på et spesielt saksfelt av rimeligheten til en forvaltningsavgjørelse, er bestemmelsen i Utlendingsloven § 8(2) om «sterke menneskelige hensyn» som grunnlag for å gi arbeids- eller oppholdstillatelse. Denne bestemmelsen antas å oppstille en skjerpet terskel for å gjøre unntak av rimelighetsgrunner til fordel for en utlending fra hovedbestemmelsene om vilkår for oppholds- og arbeidstillatelse.²⁴¹

Jeg valgte ut i alt 16 bestemmelser til nærmere behandling som dokumentasjon av faktiske koplinger mellom rett og rimelighet i norsk lovgivning. Hovedutvalgskriteriene har vært (i) at rimelighetsbedømmelsen er det sentrale regelementet i vedkommende lovbestemmelse, (ii) at de aktuelle lovbestemmelsene antas å ha relativt stor praktisk betydning og (iii) at et representativt antall rettsområder skal dekkes.

Bestemmelsene jeg valgte ut er, foruten de to nettopp nevnte bestemmelsene – tallene i parentes viser til underavsnittsplasseringen i avsnitt 3.2.2(3) nedenfor: (3.3) skattelovgivningens bestemmelser om nedsettelse og ettergivelse av skatt av billighetsgrunner, (3.5) Sosialtjenesteloven § 8-7 om begrensning av klageorganets overprøvelseskompetanse til saker hvor den frie skjønnsutøvelse har vært åpenbart urimelig, (3.6) Arbeidsmiljølovens bestemmelser om beskyttelse mot oppsigelse og avskjed i arbeidsforhold, (3.7) Plan- og bygningsloven § 47 om bruk av annen måleenhet enn areal for å

²⁴⁰ Nærmere om denne bestemmelsen i avsnitt 3.2.2(3.2) nedenfor.

²⁴¹ Nærmere om denne bestemmelsen i avsnitt 3.2.2(3.4) nedenfor.

hindre en klart urimelig fordeling ved refusjon for opparbeiding av offentlig vei mv, (3.8) Pristiltaksloven § 2 om forbud mot urimelige priser eller forretningsvilkår, (3.9) Gjeldsordningslovens § 1-3 om gjeldslette mv bl.a. når skyldneren ikke uten urimelig oppoffrelse kan innfri sine forpliktelser fullt ut, (3.10) Avtaleloven § 36 om lempning av urimelig avtalevilkår, (3.11) Husleieloven § 4-1 om forbud mot å avtale husleie som er urimelig mot leietaker og § 9-8(2) om tilsidesettelse av urimelige oppsigelser av leietaker, (3.12) Skadeserstatningslovens bestemmelser om rimelighetsbasert lempning og avkortning av erstatningsansvar, (3.13) Ekteskapsloven § 46(2) og § 65(1) mv om lempning av urimelige avtaler om formuesordningen mellom ektefeller, (3.14) Forbrukerkjøpsloven § 29 om fritak av selger for retting og omlevering som vil volde ham urimelige kostnader, (3.15) Grannelova § 2 om forbud mot å ha, gjøre eller sette i verk noe som urimelig eller unødvendig er til skade eller ulempe på naboeiendom og (3.16) Odelslova § 21 om vern av en dårligere berettiget mot odelsløsning, dersom bruken av odelsretten vil virke klart urimelig.

Hovedfunnene ved gjennomgåelsen av disse bestemmelsene kan sammenfattes slik:

- (i) I den privatrettslige lovgivningen om rimelighetsbedømmelse av avtaler, oppsigelser, erstatningsutmålinger, mv, viser en til dels rikholdig høyesterettspraksis så godt som unntaksfritt at det er den konkrete (individuelle) (u)rimeligheten – basert på et allsidig og åpent begrunnet skjønn – som er vurderingsnormen. De fleste aktuelle bestemmelsene legger ingen minsteterskel for den urimelighet som trengs for lempning eller annen modifisering av det rettslige utgangspunktet. Noen tendenser til vektlegging av generelt rimelige, mønsterdannende, avgjørelser etter tankegangen i Den sveitsiske sivilrettslovboka (jf avsnitt 3.2 foran), har jeg ikke klart å spore i rettspraksis. Men i tråd med generelle rettsanvendelsesprinsipper har det gjennom rettspraksis blitt etablert avgjørelsesmønstre for enkelte typiske tvistesituasjoner, fortrinnsvis når sakstilfanget er stort nok til å gi grunnlag for generaliseringer som ikke undergraver utgangspunkt om at rimelighetsbedømmelsen skal være konkret.
- (ii) I den offentligrettslige lovgivningen om rimelighetsbedømmelse av forvaltningsavgjørelser er, som allerede framhevet, normalordningen at det ikke fins slike bestemmelser. For situasjoner der urimeligheten er kvalifisert, er det imidlertid viktige unntak: Sivilombudsmannen har kompetanse til å uttale at en forvaltningsavgjørelse er «klart urimelig», fylkesmennene kan overprøve sosialstønadtildelingen etter Sosialtjenesteloven dersom skjønnets har vært «åpenbart urimelig», og utlendinger kan få oppholds- og arbeidstillatelse etter Utlendingsloven § 8(2) dersom «sterke menneskelige hensyn» gjør seg gjeldende.
- (iii) At terskelen for anvendelsen av lovfestede urimelighetsstandarder gjennomgående er vesentlig høyere etter offentligrettslig enn etter privatrettslig lovgivning, er både rettspolitisk og politisk interessant, men influerer ikke på konklusjoner i forhold til min problemstilling (se avsnitt 3.1.3(1) foran) om plausibiliteten av å fastholde separasjonstesen som ulovfestet argumentasjonsteori.

Når det gjelder den praktisk viktige lempningsregelen i Avtl § 36 framhever jeg at terskelen for anvendelse av bestemmelsen i rettspraksis er blitt lagt høyere mellom profesjonelle virksomhetsutøvere enn for andre, men for øvrig har ikke Høyesterett forsøkt å bremse bruken av bestemmelsen. Se nærmere avsnitt 3.2.4(3.10) nedenfor.

Videre kan Store Døvik-dommen, Rt 2000 s 1634, nevnes som eksempel på rettspraksisskapte typologier om praktisering av lovforankrete rimelighetskriterier. Dommen viser hvordan alminnelige behov for standardisering av bestemmelser som gir kompetanse til bruk av vage skønnskriterier, kan forenes med lovgiverforutsetninger om konkrete rimelighetsvurderinger i den enkelte sak. Se nærmere avsnitt 3.2.4(3.16) nedenfor.

Den utpregete politikkømfintligheten på det utlendingsrettslige feltet har nok bidratt til at domstolsprøvingen av utlendingsmyndighetenes praktisering av rimelighetskriteriet «sterke menneskelige hensyn» i Utlendingsloven § 8(2) har vært mindre inngående enn den prøvingen som er basert på domstolskapte regler om rimelighetskontroll med forvaltningsavgjørelser. Se nærmere avsnitt 3.2.4(3.4) nedenfor, sammenholdt med avsnitt 3.2.4(4.2) nedenfor.

De rettslige føringene av dokumentasjonen i avsnitt 3.2.2(3) nedenfor av rettspraksis om lovforankrete rimelighetsregler i den norske rettsordningen, er etter mitt syn at separasjonstesen har svak forankring som ulovfestet argumentasjonsteori (rettskildepriussipp) i norsk rett.

De moralfilosofiske føringene av denne dokumentasjonen er at rettslige (rettsordningsinterne) argumenter *ikke* bestyrker et moralfilosofisk begrunnet forsvar for separasjonstesen.

(7.1.3) Rettslige og moralfilosofiske føringer fra domstolskapte (ulovfestete) regler om urimelighetsbedømmelse av rettsforhold

I avsnitt 3.2.2(4) nedenfor dokumenterer jeg, etter foretatte Lovdata-søk, at det fins et uoversiktlig antall høyesterettsavgjørelser der domstolskapte (ulovfestete) regler om rimelighetsbedømmelse har kommet til anvendelse. Etter i første omgang å ha fått hele 3.006 treff på rettsavgjørelser med forekomst av søketermen «urimelig*», snevret jeg inn søket til «åpenbart urimelig*», som ga 186 treff. Etter supplerende søk på ytterligere kjente varianter av kvalifikasjonsadverbet «åpenbart», valgte jeg ut sju rettsområder som egnet seg for dokumentasjon av domstolskapte (ulovfestete) regler om rimelighetsbedømmelse av rettsforhold. Hovedutvalgskriteriene har vært (i) at rimelighetsbedømmelsen er det helt overveiende enkeltelementet i vedkommende domstolskapte rettsregel, (ii) at de aktuelle domstolskapte reglene antas å ha relativt stor praktisk betydning og (iii) at et representativt antall rettsområder skal dekkes.

Rettsområdene jeg valgte ut var (tallene i parentes viser til underavsnittsplasseringen i avsnitt 3.2.2(4) nedenfor: (4.2) Rettspraksis om åpenbar urimelighet og liknende som ugyldighetsgrunn i den materielle forvaltningsretten utenom skatteretten – «Mortvedt-formelen», (4.3) Rettspraksis om åpenbar urimelighet og liknende som ugyldighetsgrunn i skatteretten, (4.4) Rettspraksis om rimelighetsmomentets betydning i forhold til tilbakevirkingsforbudet i Grl § 97, (4.5) Rettspraksis om materielle rettssikkerhetskrav til velferdsstatlige tjenesteytelser, (4.6) Rettspraksis om sterk urimelighet som vilkår for erstatning etter Grl § 105 til grunneiere for rådighetsinnskrenkninger, (4.7) Rettspraksis om rimelighet som avgjørelsesgrunnlag i tvister om uforpliktetes betalingshandlinger (*condictio indebiti*) og (4.8) Rettspraksis om klar urimelighet som begrunnelse for å oppheve en underordnet domstols omkostningsavgjørelse etter Tvistemålsloven § 181(2).

En klar tendens i materialet, som samsvarer med inntrykket fra min rede-gjørelse i foregående avsnitt om lovforankrete regler om rimelighetsbe-dømmelse, er at urimelighet i større grad anerkjennes som avgjørende ar-gumenttype innenfor privatretten enn innenfor offentligretten. Jeg kan ikke fri meg fra det samlede inntrykk at standardlitteraturen i forvaltningsrett i for stor grad har vært preget av Eckhoffs betoning av en relativt høy terskel for domstolenes underkjenning av forvaltningsavgjørelser gjennom ulov-festet rimelighetssensur av deres innhold, og at disse rettsvitenskapene snarere har forsterket enn svekket Eckhoffs forsiktige advarsel mot å trekke for vidtgående slutninger av den urimelighetsregelen som ble formulert i Mortvedt-dommen, Rt 1951 s 19, en regel som jeg i avhandlingen her be-tegner som «Mortvedt-formelen». Høyesterettspraksis i de vel 50 åra etter denne dommen gir etter min mening *svake* holdepunkter for å konkludere med at betingelsene for å anvende Mortvedt-formelen gradvis har blitt skjerpet.

Jeg vil medgi at det riktignok ikke er mulig å få øye på noen kursomleg-ging i retning *økt* vektlegging av rimelighetshensyn som ugyldighetsgrunn i forvaltningsretten i løpet av siste mannsalders høyesterettspraksis, verken etter mønster av lempningsregelen i Avtl § 36, eller som følge av «den menneskerettslige bølgen» fra slutten av 1990-tallet. På den andre siden har Høyesterett på enkelte forvaltningsrettsområder siden midt på 1990-tallet tydelig markert at visse tvistesporsmål skal regnes som rettsanvendelses-sporsmål som er underlagt full prøvelsesrett. To saksområder peker seg klart ut: (i) naturfredningssaker og (ii) forholdsmessighetsvurderinger ved utvisning av utlendinger.

Slagskyggen fra urimelighetsprøvingens bakevje på det utlendingsretts-lige feltet, hvor bruken av kriteriet «sterke menneskelige hensyn» har stått i sentrum (se nærmere avsnitt 3.2.2(3.4) nedenfor, har trolig lagt en betydelig demper på den urimelighetskontroll som domstolene ellers ville ha utøvd overfor forvaltningsvedtak, og iallfall med utlendingsrettslige avgjørelser.

På rettspolitisk grunnlag kan man reise spørsmålet om det er overveiende grunner til å fastholde den kvalifiserte urimelighet som betingelse for å sta-tuere ugyldighet pga urimelig innhold, når justismyndighetene allerede tid-lig på 1980-tallet åpent tok avstand fra en tilsvarende kvalifisering av uri-

melighetstemaet i forhold til lempningsregelen i Avtl § 36, og Stortinget enstemmig sluttet seg til dette synspunktet. Jeg tror nok at forklaringen på dagens rettstilstand har noe med spørsmålet om «Kontroll av staten i statens egne domstoler» å gjøre, slik Ketil Lund formulerte det for 20 år siden (Lund 1987). Dermed sitter nok en rettspolitisk løsning på spørsmålet langt inne – nær sagt uavhengig av hva slags regjering som styrer.

I forhold til framstillingen i avsnitt 3.2.2(4.5) om rettspraksis om materielle rettssikkerhetskrav til velferdsstatlige tjenesteytelser, er det grunn til å framheve at Fusa-dommen neppe ville ha fått slik skjellsettende betydning som prejudikat for en materiell minstestandard for kommunale helsetjenesteytelser, dersom saken var blitt prosedert prinsipalt på et «åpenbar urimelighet»-grunnlag.

I domstolspraksis om rimelighetsmomentets betydning i forhold til tilbakevirkingsforbudet i Grl § 97 (avsnitt 3.2.2(4.4) nedenfor), og om sterk urimelighet som vilkår for erstatning etter Grl § 105 til grunneiere for rådhetsinnskrenkninger (avsnitt 3.2.2(4.6) nedenfor), synes rimelighetsnormen å følge Mortvedt-formelen nokså tett.

I domstolspraksis om rimelighet som avgjørelsesgrunnlag i tvister om uforpliktetes betalingshandlinger (*condictio indebiti*) (avsnitt 3.2.2(4.7) nedenfor), følges en slik åpen og allsidig, alminnelig rimelighetsnorm som er typisk i formueretten, se sammenfatningen i avsnitt (7.1.2 foran).

De rettslige føringene av dokumentasjonen i avsnitt 3.2.2(4) nedenfor av domstolskapte (ulovfestete) rimelighetsregler i den norske rettsordningen, er etter mitt syn at separasjonstenen har svak forankring som ulovfestet argumentasjonsteori (rettskildeprikk) i norsk rett.

De moralfilosofiske føringene av denne dokumentasjonen er at rettslige (rettsordningsinterne) argumenter ikke bestyrker et moralfilosofisk begrunnet forsvar for separasjonstenen.

(7.2) *Rettslige og moralfilosofiske føringar fra øvrige koplinger mellom rett og moral i den norske rettsordningen*

(7.2.1) *Oversikt*

At dagens rettsordningar av vestlig type, herunder vår egen, har et moralsk fundament, er etter mitt syn ubestridelig. På samfunnets grunnstrukturnivå – der hvor den kollektive hukommelsen sedimenteres – er det plausibelt å anta at retten og moralen konvergerer.²⁴² Videre er det åpenbart at hele sektor av rettsordningen, som f.eks. de sentrale kapitlene i Straffelovens andre del om forbrytelser, hovedprinsippene i familielovgivningen, grunnprin-

²⁴² Se nærmere om dette i Berg 2000b. Begrepene 'grunnstruktur' og 'sedimentering' er utviklet i sosiologisk teori, se Berger og Luckmann 1991 (henholdsvis s 18 og s 85), og er i seinere tid blitt aktivt brukt av den finske rettsvitenskapen Kaarlo Tuori (1988 og 1999).

sippene om ansvarsgrunnlag, avkortning og lempning i erstatningsretten, avtalerettens god tro-prinsipp, god forretningsskikk-standarden i markedsførings- eller konkurranseretten og forbrukerretten, forholdsmessighetsprinsippet og læren om myndighetsmisbruk i forvaltningsretten og grunnprinsippene for personopplysningsvern, i det alt vesentlige må betraktes som formaliserte moralnormer, herunder rimelighets- eller rettferdighetsnormer. Og disse koplingene må i like stor grad gjelde for rettsordningens metanormer, argumentasjonsteori-prinsippene (rettskildeprinsippene), noe Nygaard 2004 (s 70–71) har framhevet gjennom opplisting av en rekke verdihensyn som han mente var sentrale i denne sammenhengen: verdihensyn som demokratisk legitimitet, likebehandling, forutberegnelighet, rettssikkerhet, praktikabilitet og retts tekniske hensyn m fl.

Plassen tillater ikke en utbrodering av alle disse koplingene, men jeg skal likevel illustrere med noen riss av koplingene innenfor (i) straffelovgivningen og (ii) erstatningsretten, hvor koplingene er særlig påtakelige.

(i) Koplinger mellom rett og moral i straffelovgivningen preger ikke bare de sentrale straffebudene.²⁴³ En grunnleggende kopling framkommer ved at bestemmelsene om subjektive vilkår for straff bygger på moralske premisser om individenes fri vilje, implisitt på ond vilje – altså er premisser om individenes moralske status og om rettferdig gjengjeldelse.²⁴⁴ Nødrettsbegrepet (se Eskeland 2006 s 236 flg) er også åpenbart forankret i moralske vurderinger av grensen mellom straffverdighet og straffrihet.

Særlig illustrerende hva angår nødrettsbegrepets moralske grunnlag er spørsmålet om hjelp til «sjølvalgt livsavslutning» skal kunne rubriseres som en nødrettshandling. Husabø 1994 (s 332 første avsnitt) sammenfattar sin behandling av spørsmålet om legalisering av «sjølvalgt livsavslutning» slik at det «er eit avgjerande verdival lovgivaren står overfor». I Sandsdalen-dommen, Rt 2000 s 646, flagget Høyesterett at man fortsatt sto vakt rundt den tradisjonelle, restriktive holdningen til å godta hjelp til «sjølvalgt livsavslutning» som en straffri nødrettshandling. Forslaget til nødrettsbestemmelse i Straffeloven 20.5.2005 nr 28 § 19, fremmet i Ot prp nr 90 (2003–2004) om lov om straff (straffeloven) s 202 flg kapittel 14.3.2.3, stadfestet den samme grunninnstillingen, og flertallet på Stortinget sluttet seg til denne vurderingen ved behandlingen av Innst O nr 72 (2004–2005), se s 42 avsnitt 13.2.2.1.

Endelig framhever jeg de lovfestede straffenedsettelsesgrunnene som eksempel på rettsregler med klare moralske elementer.²⁴⁵

²⁴³ Rettsakene om utuktsbegrepet i Strl § 211 er klassiske eksempler på slik inkorporering – av forutsetningsvis dynamiske – moralbegreper i straffelovgivningen, se f.eks. Sangen om den røde rubin-saken, Rt 1958 s 479 og Sexus-saken, Rt 1959 s 431.

²⁴⁴ Nærmere om dette spørsmålet, Paul Leer-Salvesen: «Menneske og straff», kapittel V (1991). Se videre Andenes 1994, som fastholdt sitt livslange forsvar for allmennprevensjonen, og kritikken mot denne posisjonen fra Schaanning 1994. Se også om samme tema Ragnar Hauge: «Straffens begrunnelser» (1996). For en nyere, og grundig rettsfilosofisk tilnærming til allmennprevensjonen, se Jørn RT Jacobsen: «Menneskevern eller menneskeverd? Ei innleiing til spørsmålet om allmennprevensjonen sin rettslege legitimitet» (2004). For en generell oversikt, se ellers Eskeland 2006 (s 46–67), og ellers Ot prp nr 90 (2003–2004) Om lov om straff (straffeloven) s 77–81.

²⁴⁵ Sentral blant straffelovens egne bestemmelser for så vidt er Strl § 40(1) andre setning om å se bort fra sjølforskyldt rus ved forsettsbedømmelsen. En annen viktig bestemmelse er Strl § 56(1)(b) om straffenedsettelsesadgang hvor den straffbare handlingen er foretatt i «berettiget harme». Et interessant eksempel på anvendelsen av sistnevnte bestemmelse er den dissenterende dommer Dahls votum i hakekorsflaggdommen, Rt 1933 s 1132, hvor fire personer som 1. mai samme år hadde firt nazi-Tysklands flagg fra det tyske konsulatets flaggstang i Narvik, for så å klippe ut hakekorset og deretter heise flagget igjen, av et flertall på seks dommere ble dømt til bøtestraff på kr 50 hver for over-

(ii) Koplinger mellom rett og moral i erstatningsretten er bl.a. åpenbare i de respektive ansvarsgrunnlagsreglene, hvor det sentrale aristoteliske prinsippet om bytterettferdighet (utvekslingsrettferdighet)²⁴⁶ – eller om man vil foretrekke en enklere term: rimelighetshensyn – er bærebjelken i regelen om erstatning for lidt tap. Rimelighetsvurderinger kommer – med basis i samme rettferdighetsprinsipp – også tungt inn ved bedømmelsen av risikofordelingsbetraktninger som er sentrale ved statuering av objektivt ansvar (se f.eks. lettbetongblokkdommen, Rt 1993 s 1201 på s 1206 fjerdesiste avsnitt).

I forhold til henholdsvis foreldres objektive ansvar for barn og sinnssykes ansvar lar Skadeserstatningsloven 13.6.1969 nr 25 §§ 1-2 og 1-3 en rimelighetsvurdering være det sentrale momentet ved avgjørelsen om ansvar skal statueres.

Rimelighetshensynet er sentralt ved erstatningsutmålingen, både i forhold til avkorting og lempning – disse spørsmålene kommer jeg tilbake til i avsnitt 3.2.2(3.12) nedenfor.

Det er ikke bare grunnfestete moralske valg som formaliseres gjennom lovgivning. Omstridte moralvalg er med ujevne mellomrom gjenstand for lovgivningspolitisk strid. Abortloven 13.6.1975 nr 50 og Bioteknologiloven 5.12.2003 nr 100 er klare eksempler på at moralsk strid ikke avsluttes gjennom lovgivning. Børre Knudsen-dommen, Rt 1983 s 1004, illustrerer også hvordan andre enn kritiske jurister har nyttet en «legalstrategi»²⁴⁷ for å videreføre den rettspolitiske diskurs i rettsapparatet.²⁴⁸

I Ragnar Knophs «Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett» (1921) var det sentrale budskapet at «rettsfølelsens skjønn på mange måter har det avgjørende ord» (s 283 nestsiste avsnitt). Den underliggende kjerne i Knophs formulering her er vel det standpunkt at all lovtolkning, og formålstolkning især, må underlegges en i videste forstand moralsk legitimitetstest: dersom den omstridte lovtolkningen ikke passerer denne testen, kan ikke tolkingen opprettholdes.²⁴⁹ I «Rettslige standarder» (1939) understreket Knoph på den andre siden at ikke alle de institusjonaliserte ekstraretslige målestokker som rettsanvendere trekker veksler på – i hans terminologi «rettslige standarder» – er *moralske*. De rettslige standardene kunne også være utelukkende «sosiale normer i videre forstand» (1939 s 4 andre avsnitt).

treddelse av Strl § 95 og § 291. Dommer Dahl ville redusere boten til kr 20 i medhold av Strl § 56(1)(b), bl.a. under hensyn til at nazi-flagget var «symbol på det i Tyskland i aar gjennomførte politiske system som har undertrykt pressefrihet, foreningsfrihet og forsamlingsfrihet og fullstendig tilintetgjort arbeiderbevegelsen». Til kontrast var «berettiget harme» overhodet ikke tema i den første Alta-demonstrantkjennelsen, Rt 1981 s 21.

²⁴⁶ Nærmere om prinsippet i avsnitt (2.4) foran.

²⁴⁷ Om legalstrategi-debatten i nordisk rettssosiologi på 1980-tallet, se oversikten og vurderingen i Mathiesen 2005 (kapittel 3.2 s 192–213).

²⁴⁸ Nærmere om denne dommen i avsnitt (7.3) nedenfor.

²⁴⁹ En slik legitimitetstest er meget synlig i praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) ved overprøvingen av inngrep i retten til respekt for privat- og familieliv mv, trosfrihet mv, ytringsfrihet og forsamlings- og foreningsfrihet etter EMK art 8–11. Legitimitetstesten gjennomgår også den europeiske personopplysningsvernlovgivningen, både Europarådets Personopplysningskonvensjon fra 1981 (ETS No 108) og EUs personopplysningsretningslinje fra 1995 (95/46/EF), sjøl om personopplysningsloven 14.4.2000 nr 31 har fått en ordlyd som bare er et svakt ekko av denne tankegangen. Nærmere herom i Berg 2000a.

De rettslige føringene av den oversikten jeg nå har gitt er etter mitt syn at separasjonstesen har svak forankring som ulovfestet argumentasjonsteori-prinsipp (rettskildeprinsipp) i norsk rett.

De moralfilosofiske føringene av denne oversikten er at rettslige (rettsordningsinterne) argumenter *ikke* bestyrker et moralfilosofisk begrunnet forsvar for separasjonstesen.

(7.2.2) *Nærmere om utenforliggende hensyn, vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling som ugyldighetsgrunn for forvaltningsavgjørelser*

I mesteparten av det 20. århundre har en del fellesspørsmål om subjektive mangler som ugyldighetsgrunn for forvaltningsavgjørelser etter norsk rett blitt behandlet under betegnelsen «myndighetsmisbruk», inspirert av fransk retts betegnelse «détournement de pouvoir», introdusert i norsk rettsvitenskap og videreutviklet av *Knoph* 1921. I læren om myndighetsmisbruk var det *utenforliggende hensyn* som først ble fokusert som ugyldighetsgrunn. En andre hovedgruppe av ugyldighetsgrunner var de *vilkårlige skjønn*. En tredje gruppe var de *urimelige* avgjørelsene, men disse ville *Castberg* 1938 (s 134–37) bare regne som ugyldige, dersom avgjørelsene var så urimelige at de var vilkårlige. I lys av Mortvedt-dommen, Rt 1951 s 19, måtte imidlertid *Castberg* modifisere sin restriktive holdning til urimelighet som ugyldighetsgrunn (1955 s 116–19).

Eckhoff 1978 (kapittel 11 avsnitt IV–V) nøyde seg ikke med å inndelegge ugyldighetsgrunnene i de tre hovedgruppene utenforliggende hensyn, vilkårlighet og sterk urimelighet, men inkluderte én hovedgruppe til, *usaklig forskjellsbehandling*. Åpenbar urimelighet har jeg omtalt kort i avsnitt (7.1.3) foran, og behandler jeg nærmere i avsnitt 3.2.2(4.2) og (4.3) nedenfor. I fortsettelsen konsentrerer jeg meg om de øvrige nevnte ugyldighetsgrunnlagene.

Hovedtrekkene i reglene om utenforliggende hensyn, vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling som ugyldighetsgrunn for forvaltningsavgjørelser er velkjent stoff for norske jurister, som jeg følgelig ikke går nærmere inn på her. Jeg framhever likevel at (åpenbar) urimelighet trolig kunne ha vært påberopt som *alternativt* ugyldighetsgrunnlag i alle situasjoner hvor forvaltningsavgjørelsen er ugyldig pga utenforliggende hensyn, vilkårlighet eller usaklig forskjellsbehandling. *Eckhoff* 1978 (s 270 første avsnitt) formulerte dette resonnementet eksplisitt, da han gjorde det til et kjennemerke på usaklig forskjellsbehandling at resultatet enten var usaklig eller virket sterkt urimelig.

I nyere norsk og dansk forvaltningsrett har bruken av betegnelsen «myndighetsmisbruk» (på dansk «magtfordrejning») kommet under press. Se nærmere om dette f.eks. i *Götze* 1999. *Bernt og Rasmussen* 2003 behandlet disse ugyldighetsgrunnlagene under hovedavsnittsoverskriften «Krav til avgjørelsesprosessen – Grunnlag og grenser for

forvaltningsskjønnet» (s 83–91), hvor de tradisjonelle myndighetsmisbruksbetegnelserne var nokså bortgjemt under underoverskrifter som gjaldt henholdsvis «verdimessige premisser», «likhetsprinsippet» og «forholdsmessighetsprinsippet». *Graver* 2007 har også sluttet å bruke «myndighetsmisbruk» som fellesbetegnelse for spørsmål om ugylldighet pga utenforliggende hensyn, vilkårlighet, usaklig forskjellsbehandling eller åpenbar urimelighet. Isteden adresserte han disse ugylldighetsgrunnlagene under kapitelovertskriften «Nøytralitet og saklighet» (s 109–27). *Eivind Smith* har derimot valgt å være tro mot systematikken i *Eckhoffs «Forvaltningsrett»*, men har tilføyd et eget avrundende og sterkt kritisk avsnitt om «Misbrukslæren», med anførselstegn rundt betegnelsen, se *Eckhoff og Smith* 2006 (s 366–387).

Et fellestrekk ved denne terminologiforskyvingen er at adresseringen av urimelighet som sjølstendig ugylldighetsgrunn dessverre har blitt trengt i bakgrunnen i rettslitteraturen, se nærmere om dette i avsnitt 3.2.2(4.2) nedenfor.

(7.2.3) Nærmere om forholdsmessighetsprinsippet i offentligretten

I avsnitt (2.4) foran framhevet jeg det gammelegypiske ekvivalensprinsippet (likevektsprinsippet) som et urgammelt eksempel på et utbredt rettferdighets- eller rimelighetskriterium. Dette prinsippet lå til grunn for Aristoteles' to likhetsprinsipper, henholdsvis fordelingsrettferdighet (distributiv rettferdighet) og bytterettferdig (utvekslingsrettferdighet).

Forholdsmessighetsprinsippet (proporsjonalitetsprinsippet), som lenge har vært en sjølsagt bærebjelke i siviliserte staters rettsordning, og som har fått særlig aktualitet i norsk rettsliv siden 1990-tallet gjennom prinsippets forankring i EF-retten og EMK (bl.a. gjennom domspraksis fra EF-domstolen og EMD), kan etter mitt syn betraktes som en operasjonalisering av dette gammelegypiske ekvivalensprinsippet. I vår rettsordning kjenner vi forholdsmessighetsprinsippet bl.a. i form av pliktige overveielser om a) berettigelsen av å nytte et straffeprosessuelt tvangsmiddel, b) berettigelsen av en aktuell straffeutmåling, c) berettigelsen av et inngrep i privatlivets fred, d) berettigelsen av et ekspropriasjonstiltak, e) berettigelsen av et forbud mot konkurranseregulering og f) berettigelsen av forvaltningssanksjoner, som f.eks. utvisningsvedtak rettet mot en straffedømt utlending og illeggelse av tilleggsskatt eller tilleggsavgift etter skatte- og avgiftslovgivningen.

Den store utbredelsen av betegnelsen «(u)forholdsmessig» i rettsordningen gir et vitnesbyrd om at myndighetene har ment at denne betegnelsen bedre enn henvisning til (u)rimelighets- eller (u)likhetstermer tydeliggjør de vurderingspregete avveiningene som trengs for å ta stilling til berettigelsen av et inngrep som nevnt. At forholdsmessighetstermens forklaringskraft også er begrenset, er likevel opplagt. Forholdsmessigheten vil sjelden komme opp som et spørsmål om sammenlikning av kommensurable størrelser, typisk hvor pengeverdier etter kost–nytte-betraktninger kan måles mot hverandre. *Graver* 2007 (s 129 tredje avsnitt) har følgelig treffende bemerket at «[v]urderingen av forholdsmessighet vil derfor i de fleste tilfeller bero på et verdibasert skjønn, ofte med klare politiske overtoner».

At det ofte kan bli nær sammenheng mellom domstolenes forholdsmessighetsprøving og urimelighetsprøving av en forvaltningsavgjørelse, gir Det Glade Vanvidd-dommen, Rt 1995 s 109, et godt eksempel på.²⁵⁰ Saken gjaldt rettmessigheten av Moss kommunes inndragning for vel fire måneder av en restaurants skjenkebevilling i medhold av Alkoholloven 5.4.1927 § 83 a. Restauranten krevde forgjeves erstatning for lidt tap. Førstvoterende dommer Skåre²⁵¹ uttalte bl.a. følgende:

«Det spørsmål som ... gjenstår, er om vedtaket er uforholdsmessig strengt og derfor kan tilsidesettes som klart urimelig. Denne vurdering må gjelde både selve inndragningen og inndragningstidens lengde.

Jeg kan ikke se at de anførsler som er gjort i denne forbindelse kan føre fram. Det var meningen med § 83 a da bestemmelsen ble vedtatt, at inndragning skulle være en effektiv sanksjon. ...» (Rt 1995 s 109 på s 118 andre avsnitt flg.)

At forholdsmessighetsprinsippet er viktig i vår rettsordning, betyr ikke at domstolene uten videre har ansett seg kompetente til å overprøve forholdsmessigheten til et forvaltningsvedtak fullt ut. I flere saker om utvisning av straffedømte utlendinger har spørsmålet kommet på spissen. I avsnitt 3.2.2(3.4) og 3.2.2(4.2.3) nedenfor går jeg nærmere inn på disse dommene.

Ved å ta utgangspunkt i oldtidstenkningen rundt rettferdighet og likevekt kommer det godt fram at forholdsmessighetsprinsippet er et moralsk kriterium, dvs et spesialisert rimelighetskriterium.

(7.2.4) Nærmere om den ulovfestete omgåelsesnormen i skatteretten

Den ulovfestete omgåelsesnormen i skatteretten, også kalt den ulovfestete lojalitetsnormen eller ulovfestete gjennomskjæringsregelen i skatteretten, er et klart eksempel på en rettslig forankring av en i utgangspunktet moralsk fordring overfor skattyterne om ikke å utnytte skattesystemet til sin fordel på en forkastelig måte. De fleste land i vår kulturkrets har liknende regler i sitt skattesystem, men det særpreger vårt skattesystem at gjennomskjæringsregelen fortsatt er ulovfestet, mens de fleste land vi sammenlikner oss med av hensyn til klarhetsprinsippet har foretrukket å lovfeste regelen.

Det grunnleggende dilemmaet i forhold til omgåelsesnormen er «å trekke grensen mellom den akseptable skatteplanlegging og den uakseptable skatteomgåelse» (Zimmer 2005 s 59 nederst). Om dette temaet foreligger anslagsvis 100 høyesterettsdommer og én norsk doktoravhandling²⁵². Zimmer 2005 (s 72 andre avsnitt) har framhevet at både hensynet til rettferdighet i beskatningen og hensynet til et effektivt skattesystem taler for å gripe inn mot omgåelser. Den klassiske formulering av omgåelsesnormen ble gjort

²⁵⁰ Dommen er gitt forholdsvis brei omtale av Graver (2002 s 138 første avsnitt; 2007 s 133 andre avsnitt).

²⁵¹ Med tilslutning fra dommerne Dolva, Coward, Tjomsland og justitiarius Smith.

²⁵² Bettina Banoun: «Omgåelse av skattereglene : en studie av høyesterettspraksis» (2003).

av ekspedisjonssjef Kåre Kvisli i Finansdepartementet i hans bok «Innføring i skatteretten» (1962):

«... Det vil neppe i noe tilfelle være tilstrekkelig å påvise at en transaksjon er fremkalt av skattemessige hensyn. Men jo mer formålsløs transaksjonen vil bli hvis de skattemessige hensyn kuttes ut, jo sterkere vil preget av arrangement være. Har transaksjonene ikke en viss egenverdi m.h.t. økonomiske realiteter, vil de skatterettslig ligge i faresonen selv om de privatrettslig er uangripelige.» (Kvisli 1962 s 109 tredje avsnitt.)

Finansdepartementet forsøkte i forbindelse med Skattereformen 1992 å få Stortinget til å lovfeste en omgåelsesnorm, i en fire trinns bestemmelse, hvor det fjerde og avgjørende trinnet var at en skattereduksjon ikke skulle kunne kreves, «når dette ville være urimelig ut fra det grunnlag som skatte-lovgivningen bygger på».²⁵³ Det er alminnelig antatt at departementets lovfor-slag i all hovedsak bare tok sikte på å formalisere gjeldende rett. Dermed kan vi fastslå at det er en *urimelighetsvurdering* som er omgåelsesnormens kjerne. Omgåelsesnormen blir først aktuelt dersom det har vært et formål å spare skatt, og da blir det ifølge Zimmer 2005 (s 62 tredje avsnitt) en helhetsvurdering som blir avgjørende.

Det har lenge vært regnet som gjeldende rett at skattyters subjektive motivasjon om å unngå skatt, ikke er utslagsgivende. Trass i at det foreligger en rekke dommer som understøtter det synspunkt at en objektiv bedømmelse av skattyters forhold må være utslagsgivende, har Høyesterett nylig, i Telenor Eiendom Holding-dommen, Rt 2006 s 1232 avsnitt 50, uttalt at man ikke var enig i statens anførsel om at disposisjonens formål måtte bedømmes objektivt: «I forhold til grunnvilkåret for gjennomskjæring er det avgjørende hva skattyteren må antas å ha lagt vekt på.» Mao er det fortsatt penger å tjene på slike saker for landets skatteadvokater.

(7.2.5) Nærmere om «mod ... Ærbarhed»-kriteriet i NL 5-1-2

Avtaler som strider mot ærbarhet er ugyldige etter NL 5-1-2, en av de aller eldste fortsatt gjeldende lovbestemmelsene i vår rettsordning. At «imod ... Ærbarhed» rammer «de riktig grove tilfeller av urimelighet», ble hevdet i NOU 1979: 32 Formuerettslig lempningsregel (s 23 første sp første avsnitt). Lovbestemmelsen må trolig kunne betraktes som en generalklausul, rettet mot de grovere tilfelle av misbruk av avtalefriheten (Tørum 2007). Hov 2002 (s 207 siste avsnitt) uttalte om bestemmelsen at «poenget er at avtalen er ugyldig hvis den er i strid med alminnelig aksepterte moraloppfatninger». Videre uttalte Hov at det var grunn til å tro at bestemmelsen pga vedtakelsen av Avtl § 36 etter hvert ville miste sin betydning, fordi «[e]r avtalen mot ærbarhet, er den også urimelig» (s 208 første avsnitt). Simonsen 1997

²⁵³ Se Ot prp nr 16 (1991–92). Sitatet her er hentet fra gjengivelsen hos Zimmer 2005 (s 72 siste avsnitt).

(s 419 andre avsnitt) har hevdet at bestemmelsen bl.a. kan anvendes for å tilsidesette grovt uaktsomme eller forsettlige ansvarsfraskrivelser.

NL 5-1-2 har vært oppe i Høyesterett tre ganger siden midt på 1990-tallet. I den første saken, Rt 1995 s 46 (dissens 3–2), mente verken flertallet eller mindretallet at bestemmelsen var anvendelig på en lovstridig avtale om omgåelse av aksjelovgivningens bestemmelser om regulering av aksjonærenes stemmerett. Noen tolkingsmomenter om lovbestemmelsen kom ikke fram i denne dommen.

I Rt 2004 s 1582 satte dommerne til side en avtale om under bordetbetaling for kjøp av landbrukseiendom, og førstvoterende dommer Matningsdal²⁵⁴ uttalte følgende om tolkingen av betegnelsen «imod ... Ærbarhed»:

«... For så vidt gjelder det siste alternativet viser jeg til at en avtale som forplikter partene til å begå en alvorlig forbrytelse, representerer *et kvalifisert brudd på allment aksepterte moralnormer*.» (Rt 2004 s 1582 avsnitt 40. Min kursivering.)

Den kursiverte del av sitatet er interessant, fordi den stadfester at NL 5-1-2 fortsatt har potensial som en grunnleggende kontraktssensurbestemmelse.

I den ferskeste avgjørelsen, Rt 2006 s 328, var det spørsmål om et forsikringsselskap skulle anses bundet av en bilforsikringsavtale hvor tegneren hadde blitt eier av bilen ved en grovt uaktsom helerihandling. Forsikringsselskapet vant fram med sin påstand om ikke å være bundet av avtalen. Om det klanderverdige uttalte førstvoterende dommer Rieber-Mohn²⁵⁵ i det vesentlige følgende:

«Det er i denne saken en meget nær sammenheng mellom den forsikrede interesse og det ulovlige forhold. Det er selve ulovlighetens gjenstand som ble søkt forsikret, og det dreier seg om et relativt alvorlig og klart samfunnsskadelig straffbart forhold, av en type som de lovgivende og rettshåndhevende myndigheter i de senere år har satt mye inn på å bekjempe.» (Rt 2006 s 328 avsnitt 42.)

Se ellers, for et aktuelt eksempel på mulig bruk av bestemmelsen, avsnitt (8.2) nedenfor.

(7.2.6) Nærmere om det ulovfestete lojalitetsprinsippet i kontraktsretten

Dette prinsippet, i nyere tid formulert reservasjonsløst i Tromsø Sparebankdommen, Rt 1984 s 28 på s 34 tredje avsnitt, utpenslet i Karasjoksalgdommen, Rt 1987 s 422 og erklært som et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp i Skipsgarantidommen, Rt 1988 s 1078, er et viktig eksempel på at uskreven rettsdannelse fortsatt er en potent faktor innen store deler av for-

²⁵⁴ Med tilslutning fra dommerne Støle, Bruzelius, Gussgard og justitiarius Schei.

²⁵⁵ Med tilslutning fra dommerne Gjølstad, Coward, Øie og justitiarius Schei.

mueretten. Den generelle utformingen av det kontraktsrettslige lojalitetsprinsippet i Rt 1988 s 1078 lød i førstvoterende dommer Gjølstads²⁵⁶ votum slik:

«Jeg legger til grunn at det i kausjonsforhold, som i kontraktsforhold ellers, må stilles krav til aktsom og lojal opptreden fra kreditors side overfor kausjonisten. Dette kravet til aktsomhet og lojalitet må gjelde ikke bare ved stiftelsen av kausjonsforpliktelsen, men så lenge forpliktelsen består, og det må gjelde selv om kausjonen er gitt etter anmodning fra hoveddebitor. ...» (Rt 1988 s 1078 på s 1084 femtesiste avsnitt.)

Simonsen 1997 (s 158 første avsnitt) har uttalt at mens bedømmelsestemaet i forhold til Avtl § 36 er «resultaturimelighet» er det i forhold til det ulovfestede lojalitetsprinsippet «atferdsurimelighet». I begge sammenhenger spiller altså (u)rimeligheten nøkkelrollen ved den rettslige bedømmelsen.

Hov 2002 (s 272–73) har som relativt enslig svale blant norske rettsvitenskapere stilt seg tvilende til eksistensen av noe ulovfestet kontraktsrettslig lojalitetsprinsipp – utenom de tilfellene som allerede fanges opp av Avtl §§ 33 og 36. Hans syn kan vanskelig forenes med sitatet ovenfor fra Skipsgaranti-dommen, og virker heller ikke velfundert gjennom de øvrige grunene han påberopte.

Se ellers nærmere om Avtl § 36 i avsnitt 3.2.2(3.10) nedenfor.

(7.2.7) Nærmere om misbruk av rettighetsposisjon i pantelånrelasjoner og mellom selskapsdeltakere

Lojalitetsprinsippet i kontraktsforhold (avsnitt 7.2.6 rett ovenfor) kan hevdes å være bygd på et fundament av vern mot misbruk av privatrettslige rettighetsposisjoner. Naboloven 1887 var en pilotlovgivning i så måte, se nærmere avsnitt 3.2.2(3.15) nedenfor. På to privatrettslige felter, i pantelånrelasjoner og mellom selskapsdeltakere, foreligger interessante eksempler på domstolskapte regler om rimelighetssensur av transaksjonens innhold.

I *Søberg-dommen*, Rt 1915 s 435 (plenum, dissens 11–6), nektet flertallet å akseptere at en panthaver skulle få stadfestet egne tvangsauksjonsbud på to av sin skyldners (som også var pantsetterens) eiendommer, fordi budene bare var på en brøkdel av eiendommenes virkelige verdi, og panthaveren allerede en gang tidligere hadde gått fram på samme måte overfor den samme skyldneren, og da hadde fått dekket inn mesteparten av sitt krav (men slik at skyldneren bare fikk godskrevet den brøkdel som svarte til auksjonsbudet). *Nygaard* 2004 (s 282 avsnitt 9) har framhevet dommen som et eksempel både på domstolssensur ved misbruk av rettsregler, og konkret som eksempel på lojalitetsplikt i kontraktsforholdet mellom panthaver og pantsetter. I denne forbindelse siterte Nygaard fra høyesterettsjustitiarius Paal Bergs omtale av dommen i artikkelen «Misbruk av rett og

²⁵⁶ Med tilslutning fra dommerne Schei, Hellesylt, Langvand og Michelsen.

norsk rettspraksis» (1950), hvor Berg framhevet dommen som et klart brudd med det gamle dogme om at motivet er uten betydning for rettsutøvelsen:

«... Den formelle rett var blitt *misbrukt* i et opplagt illegitimt og moralsk forkastelig formåls tjeneste, og det så eklatant at domstolene ikke kunne gi en slik framferd lovens stempel som rettmessig tvangsinndrivning. ...» (*Paal Berg* 1950 s 90 første avsnitt.)

Et interessant supplement fra nyere tid til Søberg-dommen er tvangsauksjonsdommen, Rt 1990 s 94. I denne avgjørelsen uttalte Høyesterett²⁵⁷ at domstolene hadde plikt til å nekte å stadfeste et bud på tredje gangs tvangsauksjon over fast eiendom, når budet lå åpenbart under eiendommens omsetningsverdi, trass i at et slikt nektingsgrunnlag etter Tvangsfullbyrdesloven 13.8.1915 nr 7 § 158(3) var forbudt. Høyesterett bedømte sakens bevisligheter slik at det hadde utviklet seg en praksis med avtalt spill mellom profesjonelle oppkjøpere, som innebar samarbeid om lave bud med sikte på lik sjanse til gevinst over tid, og uttalte at denne

«vidtgående tilsidesettelsen av eiernes interesser i strid med lovens formål og forutsetninger, må anses som et misbruk av den formelle rett ...» (Rt 1990 s 94 på s 99 tredje avsnitt.)

Disse dommene gir klare illustrasjoner av at når resultatet av en tilsynelatende rettsforenlig rettsutøvelse blir urimelig nok, vil den som rammes kunne verge seg gjennom saksanlegg. Merkelappen som var i bruk i begge disse dommene var «misbruk» av formell rett, men resultatets urimelighet var nok den reelt utslagsgivende faktoren.

Yousuf-dommen, Rt 1994 s 775, kan nevnes som et eksempel på rimelighetssensur i gråsonen mellom misbrukssensur og ekspansiv bruk av lojalitetsprinsippet: Saken gjaldt gjenopplåningsretten i pantelånforhold, nærmere bestemt om en långiver som hadde best prioritet for sitt lån, kunne gi et nytt lån innenfor beløpsgrensen på den opprinnelige, gjorde pantobligasjonen i en situasjon der vedkommende långiver var klar over at en slik utvidelse av låneengasjementet ville fortrenge en långiver med dårligere prioritet for sin panterett, og denne långiveren ikke sjøl hadde «noen bestemt interesse», f.eks. «å unngå tap», med det nye lånet (s 781 tredje siste og siste avsnitt). Da, uttalte dommer Tjomsland²⁵⁸, ville det «være i strid med det lojalitetsprinsipp som må gjelde mellom konkurrerende rettighetshavere om han skal kunne gjøre dette til fortrensel for den prioritet den etterstående panthaver er tilsagt» (s 781 siste avsnitt).

I ANS Eiendomspart 41-dommen, Rt 1997 s 1330, ble Selskapsloven 21.6.1985 nr 83 § 2-32(2)(a) om utløsningsrett for deltaker «når hans rett er blitt krenket ved vesentlig mislighold av selskapsforholdet» tolket innskrenkende pga de svært urimelige konsekvensene av en ordlydsnær tolking. I saken forsøkte fire minoritetsdeltakere å vri seg unna kravet om å

²⁵⁷ Førstvoterende kst. dommer Smith, med tilslutning fra dommerne Dolva, Aasland, Philipson og Holmøy.

²⁵⁸ Med tilslutning fra dommerne Gussgard, Dolva, Schei og Christiansen.

innbetale kapital til det ansvarlige selskapet de var deltakere i (ANS Eien-
domspart 41), i en insolvenssituasjon for dette selskapet, under påskudd av
at majoritetsdeltakeren hadde misligholdt selskapsavtalen vesentlig ved å
forsømme å sørge for at et nytt lån som ble opptatt i selskapet, ble organi-
sert med pro rata-ansvar. Høyesterett, som var enig i at det forelå mislig-
hold, var imidlertid ikke enig i at misligholdet var vesentlig, fordi det for-
hold at en utløsning bare ville ramme gjenværende minoritetsdeltakere som
var blitt rammet av den samme feilen, tilsa en begrensning i bestemmelsens
anvendelsesområde for å unngå en forskjellsbehandling det ikke var grunn-
lag for (s 1339 nestsiste avsnitt). En annen tolkning ville kunne føre til
«svært urimelige konsekvenser»²⁵⁹ (s 1339 siste avsnitt).

Også denne dommen kan, på samme måte som de to panterettsdommene
foran, betraktes under synsvinkelen «misbruk av formell rettighetsposi-
sjon». Dersom virkningen blir urimelig nok, har den krenkete part mao et
godt grunnlag for å gå til sak.

(7.2.8) *Nærmere om den sedvanerettslige lære om odelsmisbruk (misbruk av odelsløsningsrett)*

Odelslova 28.6.1974 nr 58 § 21 er en bestemmelse som på nærmere beting-
elser verner en dårligere berettiget mot odelsløsning, dersom odelsløsning vil
virke klart urimelig. Jeg redegjør for denne bestemmelsen i avsnitt
3.2.2(3.16) nedenfor.

Utenom denne (og enkelte andre) bestemmelser i Odelslova om fravikel-
se av lovens ordning dersom resultatet blir klart urimelig, har det med for-
ankring i Odelsloven 1821 vært utviklet en ulovfestet lære om odelsmis-
bruk. Det er rettsteoretisk interessant at denne læren ikke har lidd svanens
død som følge av at Odelslova 1974 § 21 fanget opp de alminneligste uri-
melighetstilfellene. I Rødland-dommen, Rt 1988 s 56, ble odelsløsning en-
stemmig²⁶⁰ nektet med utgangspunkt i den ulovfestede regelen om odels-
misbruk. I denne saken ble odlerens barnebarn, som for lengst var utflyttet
til USA, og da løsningskravet ble framsatt hadde passert 60 år, nektet odels-
løsning overfor barnet til nevøen til odlerens hustru nr 2. Den hovedsakelige
begrunnelsen var at dommerne tvilte på at odelsløseren var i stand til å
overta driften, og mer enn antydte at odelsløseren opptrådte som stråmann
for eierne av nabogården.

Derimot ble anførselene om odelsmisbruk ikke tatt til følge i de to øvrige
høyesterettsdommene som seinere er avsagt, Taen Indregård-dommen,
Rt 1990 s 278, og Ryfylke-dommen, Rt 2004 s 1695.²⁶¹

²⁵⁹ Førstvoterende dommer Stang Lund, med tilslutning fra dommerne Tjomsland, Dolva, Gussgard og Aasland.

²⁶⁰ Førstvoterende dommer Dolva, med tilslutning fra dommerne Halvorsen, Holmøy, Hellesylt og jus-
titarius Sandene.

²⁶¹ For en oversikt over eldre rett, med doms- og litteraturhenvisninger, se *Falkanger* 1984 (s 175–80).

Den ulovfestete rettsregelen om odelsmisbruk har klare likhetstrekk med den ulovfestete omgåelsesnormen i skatteretten: det er den klart illojale utnyttelsen av eksisterende rettsregler som blir sensurert. De motstående løsningenes (u)rimelighet står da sentralt i overveielsene.

(7.2.9) Rettslige og moralfilosofiske føringar fra disse rettsreglene

De rettslige føringene av oversikten i avsnittene (7.2.1)–(7.2.8) ovenfor er etter mitt syn at separasjonstesen har svak forankring som ulovfestet argumentasjonsteori-prinsipp (rettskildepriinsipp) i norsk rett.

De moralfilosofiske føringene av denne oversikten er at rettslige (rettsordningsinterne) argumenter *ikke* styrker et moralfilosofisk begrunnet forsvar for separasjonstesen.

(7.3) Moralfilosofiske føringar fra uskrevne grunnprinsipp som i høyesterettspraksis har blitt regnet for å ha rang over den positive lovgivning

Jeg vil framheve én høyesterettsavgjørelse fra siste mannsalder som er nok så unik, Børre Knudsen-dommen, Rt 1983 s 1004, ikke fordi det var rimeligheten av et forvaltningsvedtak som sto på spissen, men derimot den aktuelle privatpersons dypeste moralske overbevisning, som hadde drevet ham ut i en steil konfrontasjon med de høyeste statsmakter. Denne dommen er vel det klareste eksemplet fra de siste tiåra på domstolsprøving av spørsmålet om legitimiteten av koplinger mellom rett og moral på grunnlovs- og menneskerettighetsnivå i et stridsspørsmål hvor sterkt divergerende oppfatninger gjorde seg gjeldende om hva som er moralsk forsvarlige rettsregler.

I protest mot den lovendring i Abortloven 13.6.1975 nr 50 i 1978 som innførte den fortsatt gjeldende ordningen med sjølbestemt svangerskapsavbrudd inntil 12. uke av svangerskapet, hadde Børre Knudsen «nedlagt» den statlige del av sitt embete som sogneprest (dvs det å foreta vigsler, føre fødselsregister mv) i Balsfjord. I avskjedssaken som staten reiste mot Knudsen påberopte han seg at Abortloven stred mot både Grl §§ 2 og 4, Verdenserklæringen om menneskerettigheter (VE), EMK art 2 og uskrevne rettsprinsipp som lovgiveren er bundet av. Derfor hevdet Knudsen at staten ikke rettmessig kunne avskjedige ham fra sogneprestembetet. Høyesterett stadfestet imidlertid lagmannsrettens avskjedsdom, etter først å ha tatt stilling til og forkastet Knudsens anførsler om at Abortloven stred mot Grunnloven, de internasjonale menneskerettighetene eller uskrevne rettsprinsipp. Men førstvoterende dommer Aasland²⁶² ga likevel i en tankevekkende votum

²⁶² Med tilslutning fra dommerne Schweigaard Selmer, Blom, Holmøy og justitiarius Ryssdal.

uttrykk for det syn at uskrevne prinsipper om respekt for menneskelivet, også det ufødte livet, er blant «rettsprinsippene som vil kunne anses overordnet den positive lovgivning» (Rt 1983 s 1004 på s 1018 andre avsnitt). Og, fortsatte han:

«Den abortlov den ankende part angriper, er ikke utslag av en lovgiverideologi som bygger på mangel på respekt for menneskelivet. ... Imidlertid må en abortlovgivning med nødvendighet bygge på en avveining mellom hensynet til det ufødte liv og andre vesentlige og beskyttelsesverdige hensyn. Denne avveining har ledet lovgiveren til å åpne adgang til selvbestemt abort i de tilfelle loven nærmere beskriver.

Det er klart at en slik avveining av hensyn reiser etiske problemer, og at det vil være uenighet om lovens ordning. ...

Det tilkommer ikke domstolene å ta standpunkt til om den løsning av et vanskelig lovgivningsproblem som lovgiveren har valgt ved abortloven av 1978, er den beste. Om dette vil det være forskjellige oppfatninger blant dommere som blant andre samfunnsmedlemmer. Den avveining av motstridende interesser som en lovgivning om abortspørsmålet krever, er lovgiverens oppgave og lovgiverens ansvar. Den lovgivende makt utøves av folket ved Stortinget. Det stortingsflertall som vedtok abortloven i 1978, hadde sitt mandat fra folket i valg, etter en valgkamp hvor abortspørsmålet inn tok en fremtredende plass. ... Jeg anser det klart at domstolene må respektere den løsning lovgiveren har valgt.» (Rt 1983 s 1004 på s 1018 tredje avsnitt flg.)

Denne dommen viser etter min mening en klar dommervilje til å ta åpne og velbegrunnede standpunkter til de viktigste verdspørsmål i samtida. I retts-teoretisk og moralfilosofisk perspektiv er det verdt å merke seg at Høyesterett ubetinget anerkjenner uskrevne rettsprinsipper om respekten for menneskelivet, og at domstolene dermed – i kraft av prøvelsesretten – flagger en forpliktelse til å forsvare disse, dersom Stortinget gjennom lovgivning skulle krenke dem.

(7.4) *Moralfilosofiske føringer fra gjeldende rett hva angår rimelighetshensynenes betydning i rettsordningen – samlende drøftelse*

At lovgivningen og rettspraksis bugner av eksempler på at urimelighet har rettslig betydning, både som godhetsvurdering (reelt hensyn) og som lovfastsatt eller domstolskapt rettsregel, er en etter min oppfatning ubestridelig, og trolig lite kontroversiell realitet.

Ut fra drøftelsen i de foregående avsnitt (7.1)–(7.3), sammenholdt med dokumentasjonen i avsnitt 3.2.2 nedenfor, er det etter mitt syn grunnlag for den konklusjon at det neppe noen gang har vært holdbart å hevde at separasjonstesen²⁶³ i sin alminnelighet er gjeldende rett – som uskrevet argumen-

²⁶³ Se om separasjonstesen avsnitt 3.1.1(1) foran, og om min første problemstilling i tilknytning til denne i avsnitt 3.1.3(1) foran.

tasjonsteoriprinsipp (rettskildeprinsipp), sedvanerett eller uskreven rettsregel – i Norge.

Under enhver omstendighet er det mitt syn at det ikke har vært grunnlag for å hevde at separasjonstesens i sin alminnelighet er gjeldende rett etter at Høyesterett avsa de to sterilitetsdommene rundt 1920.²⁶⁴ Trolig har heller ikke noen rettsvitenskaper i Norge hevdet direkte at separasjonstesens i sin alminnelighet er gjeldende rett i Norge. Tilslutning til separasjonstesens var imidlertid en bærebjelke i Eckhoffs rettsteori, se avsnitt 3.1.1(2) foran), sjøl om han ikke trakk dette synet med seg i sin «Rettskildelære», og der listet opp separasjonstesens som eksempel på et rettskildeprinsipp i rettsordningen.

I redegjørelsen hittil her i avsnitt 3.2.1 har jeg lagt til grunn at det bare er førstnevnte kategorisering som kan være plausibel. Forankring som sedvanerett er det etter tradisjonelle kriterier for sedvanerettsdannelse (*opinio juris*, utbredelse og varighet) neppe grunnlag for å påberope. Eksistensen av en uskreven rettsregel, eventuelt bakgrunnsrettsregel, om at separasjonstesens gjelder, er det etter min mening heller ikke lett å begrunne, noe jeg utdyper straks nedenfor.

Som *moralfilosofisk* standpunkt (grunnposisjon eller liknende) har separasjonstesens så vidt vites verken vært offensivt hevdet, eller defensivt forsvart, iallfall ikke i Norge, i nyere tid. Separasjonstesens kan uansett knapt hevdes å ha noen *priviligert* moralfilosofisk status, bl.a. i den forstand at tesen er hevet over diskusjon. Ut fra klargjøringen i avsnitt 3.1.2 foran er det nok trolig at moralfilosofiske nonkognitivist, og det inkluderer vel rettsvitenskaper flest i Norge, langt på vei likevel tar separasjonstesens for gitt som rettslig rammebetingelse i rettsordningen. Hypotetisk kunne man da tenke seg at separasjonstesens kunne bli anført å gjelde som *bakgrunnsrett* i rettsordningen. I så fall hevder man mao at separasjonstesens er gjeldende rett, i den utstrekning tesen ikke er blitt fortrent av positiverte koplinger mellom rett og moral i rettsordningen.

En hypotese om separasjonstesens status som bakgrunnsrett måtte uansatt tåle å bli imøtegått med all den dokumentasjon for faktiske koplinger mellom rett og moral som jeg har gjort rede for i de foregående avsnitt, samt mer til – og dermed ville den sektor av rettsordningen hvor det ikke er faktiske koplinger mellom rett og moral bli en nokså smal sektor. Ialffall gjelder det dersom man ikke fyller på med den moralsk indifferente lovgivningen (lover og forskrifter), typisk lovgivning av teknisk eller naturvitenskapelig karakter, altså ikke bare høyreregelen i trafikklovgivningen, som gjerne framheves som eksempel på slik moralsk indifferente lovgivning.

Sjøl om separasjonstesens verken anses for å gjelde som uskrevet argumentasjonsteoriprinsipp eller som bakgrunnsrett i norsk rett, betyr ikke det at jeg motsetningsvis hevder at det er rettsgrunnlag for en kopling over hele

²⁶⁴ Rt 1916 s 648 og Rt 1921 s 406, omtalt i avsnitt 3.2.4(2.4) nedenfor.

linjen mellom rett og moral, altså at sammenhengstesen *generelt* gjelder som argumentasjonsteori i rettsordningen, ikke engang hva angår sammenhengen mellom rett og rimelighet. For utenom de områdene hvor vekten av (u)rimelighetsmomentet er positivt fastsatt i lovbestemmelser eller som domstolskapt rett, har (u)rimelighetsmomentet etter gjeldende rett *en ikke nærmere fiksert vekt som argumenttype – rettsanvenderne står mao fritt til å la momentet få avgjørende betydning, eller tvert imot tillegge andre momenter mer vekt.*

Separasjonstesens ubestridelig nokså snevre rekkevidde i den norske rettsordningen betyr under enhver omstendighet at et nærmest rituellet hevdet hinder for aksept av sammenheng mellom rett og moral (her rett og rimelighet) er ryddet av veien.

Uansett om man helt vil frakjenne separasjonstesens rettslig betydning, eller vil fastholde at den gjelder som bakgrunnsrett på en smal sektor av rettsordningen, gir separasjonstesens svake rettslige status i vår rettsordning ikke et tilstrekkelig *moralfilosofisk* fundament for min grunnantakelse. Fraværet av et rettslig motargument holder ikke *alene* som moralfilosofisk argument. Derfor ga jeg en moralfilosofisk begrunnelse av grunnantakelsen – gjennom tre frittstående argumentasjonslinjer – i avsnittene (4), (5) og (6) foran. Separasjonstesens sviktende rettslige holdbarhet i kombinasjon med rimelighetshensynenes ubestridelige plass i rettsordningen må likevel kunne hevdes å ha en ikke ubetydelig supplerende moralfilosofisk betydning:

For det første vil jeg framheve at rimelighetshensynenes integrering i rettsordningen er en indikasjon på at lovgiver eller domstolene har truffet *moralske valg*, ikke bare besluttet på grunnlag av pragmatiske overveielser. Jeg holder det mao for *uplausibelt* at det ikke er noen moralsk stillingstaking som ligger i bunnen her, jf min første problemstilling i avsnitt 3.1.3(1) foran.

For det andre vil jeg hevde at den breie enighet om rimelighetshensynenes plass i rettsordningen i seg sjøl er et viktig element i en rasjonell moralfilosofisk begrunnelse av min grunnantakelse.

Med denne redegjørelsen har jeg besvart den første problemstillingen i avsnitt 3.1.3(1) foran om det er plausibelt å fastholde separasjonstesens, trass i at rimelighetshensynet faktisk har en betydelig forankring i gjeldende rett.

Jeg går nærmere inn på den omforente betydningen av de moralfilosofiske og rettslige argumentene for grunnantakelsen i avsnitt (9) nedenfor.

(8) *To praktiske eksempler på betydningen av grunnantakelsen*(8.1) *Unnlatelsen av å skattlegge Arne Olav Brundtland fullt ut for inntektene i 1996 fra boka «Gift med Gro»*

For om lag 10 år siden var media fylt av oppslag om at tidligere statsminister Gro Harlem Brundtlands ektefelle Arne Olav Brundtland hadde funnet et smutthull i skattereglene, slik at han slapp billigere fra det ved skattleggingen av rojaltyinntektene fra sin bok «Gift med Gro» (1996). Brundtland hadde overfor likningskontoret hevdet at han hadde brukt mindre enn 300 timer på å skrive boka, og denne opplysningen hadde han fått aksept for. Dermed kunne Brundtland nyte godt av en forskrift til Skatteloven 1911 som (hovedsakelig ut fra ligningspraktiske overveielser) var gitt for å sette en terskel mellom arbeidsforhold utenfor tjeneste og sjølstendig næringsvirksomhet.

Ved ikke å overskride 300-timersgrensen slapp Brundtland å betale trygdeavgift og toppskatt som alminnelig næringsdrivende av bokinntekter (rojalty) i millionklassen. Han måtte bare betale skatt etter den flate satsen på 28 % som gjaldt for alminnelig inntekt, sjøl om han etter en alminnelig skatterettslig betraktning utvilsomt burde vært regnet som næringsdrivende.²⁶⁵

Etter at en rekke aviser høsten 1997 brettet ut detaljerte opplysninger om hvordan Brundtland var blitt beskattet, ble det fra flere hold reist spørsmål om den moralske gehalten i Brundtlands opptreden – uavhengig av synet på om Brundtland virkelig hadde klart å skrive boka på under 300 timer eller ikke. Statsminister Kjell Magne Bondevik måtte i Stortingets muntlige spørretime svare på et spørsmål fra representanten Øystein Djupedal (SV) om han ville ta initiativ til å tette dette smutthullet, for slik å bedre den alminnelige skattemoralen. Noe klart «ja» ga statsministeren ikke. Isteden svarte han bl.a. slik:

«Ellers vil jeg generelt vise til hva jeg sa i min redegjørelse i Stortinget i går, hvor jeg bl.a. brukte skattemoralen som et eksempel, nemlig at det er ikke alltid at det som er juridisk *tillatt*, er etisk forsvarlig. ...» (Bondevik 17.12.1997 s 1230 første spalte andre avsnitt. Min kursivering.)

Mitt standpunkt er at statsminister Bondeviks måte å formulere sammenhengen mellom rett og moral på vridde oppmerksomheten bort fra det som moralfilosofisk, og etter min mening også juridisk argumentativt, burde vært kjernespoørsmålet:

- Må en rojaltyinntekt som tilsynelatende ikke skal regnes som næringsinntekt etter en leksikalsk tolking av en fritaksbestemmelse i skattelovgivningen, likevel regnes som fullt skattepliktig etter den hovedbestem-

²⁶⁵ 300-timersregelen var hjemlet i Forskrift 8.12.1995 nr 1085 § 2-5(3). Forskriften ble opphevet ved Forskrift 19.11.1999 nr 1159, se framstillingen. nedenfor.

melten som statuerer skatteplikt for næringsinntekt, dersom det motsatte tolkningsresultatet ville være urimelig?

Etter mitt syn burde svaret på dette spørsmålet vært et klart «ja», både i forhold til den aktuelle skattesaken og generelt. Ligningsmyndighetene hadde i denne saken ikke bare den nakne urimeligheten av å unnlate å skattlegge Brundtland fullt ut som næringsdrivende å vise til. De kunne også ha påberopt seg en kjent skattedom hvor Høyesterett for første gang nyttet «reelle hensyn» – at et motsatt resultat ville medføre «støtende resultater» – som uttrykkelig grunnlag for å skjerpe beskatningen, nemlig Forenede Papirfabrikker-dommen, Rt 1927 s 821.²⁶⁶ Riktignok kunne ligningsmyndighetene neppe ha påberopt seg rettsgrunnlaget i denne dommen direkte – vilkårene for gjennomskjæring overfor Brundtland etter den alminnelige ulovfestede gjennomskjæringsregelen for skattesaker forelå klart nok ikke. Det moralfilosofiske poenget er at det alminnelige (ulovfestede) rettsprinsippet om at rettsregler ikke skal misbrukes til å gi støtende resultater, kunne ha vært nyttet som hjemmel for å anvende hovedbestemmelsen om full skatteplikt i denne situasjonen. Dette grunnlaget kunne ha vært bestyrket gjennom min grunnantakelse. Saken om skattleggingen av Arne Olav Brundtland viste jo til overmål at det lå utenfor formålet med fritaksbestemmelsen at noen skattyter skulle kunne lukrere så kraftig på den.

I Forskrift 19.11.1999 nr 1158 (FSFIN) § 12-10-2(3), jf § 12-17-1, ble anvendelsesområdet for 300-timersregelen innsnevret, slik at den (fra og med inntektsåret 2000) ikke gjaldt bl.a. for skribentvirksomhet. Finansdepartementet tok med andre ord – med noen års forsinkelse – tegningen fra den offentlige debatten rundt praktiseringen av denne fritaksbestemmelsen i forbindelse med A. O. Brundtlands inntekter fra «Gift med Gro».

Departementet nøyde seg ikke med en konkret innstramming: se den nevnte forskrift § 12-17-2, hvor det bestemmes at også personinntekt fra virksomhetstyper som etter oppregningen i foregående avsnitt motsetningsvis fortsatt *skulle* nyte godt av bestemmelsene om begrensning av personinntekt ved ligningen, likevel ikke skal være omfattet av disse begrensningsreglene, dersom «det virker *åpenbart urimelig* å anvende tak» på 300 timer (min kursivering). Myndighetene vedtok mao omsider en slik bestemmelse i skattelovgivningen som man etter min grunnantakelse måtte ha lagt til grunn uten videre (da bortsett fra at kvalifiseringen «åpenbart» urimelig ikke er en del av min grunnantakelse).

(8.2) *Rettmessigheten av opsjonsutbetalingene i Norsk Hydro ASA sommeren 2007*

Sommeren 2007 var preget av store mediaoppslag om rettmessigheten av nylig avtalte opsjonsutbetalinger i Norsk Hydro ASA (heretter Hydro), avtaler som styret med bedriftsforsamlingens velsignelse (jf Asal § 6-37) i

²⁶⁶ Dommen er omtalt i avsnitt 3.2.2(2.3) nedenfor.

juni 2007 hadde inngått med seg sjøl og den øvrige toppledelsen, ca 35 personer i alt, for å avvikle selskapets «opsjonsprogram» i lys av den nye § 6-16 a i Allmennaksjeloven 13.6.1997 nr 45, som hadde trådt i kraft 1.1.2007. Denne lovbestemmelsen var (sammen med en endret § 5-6(3) om å legge beslutningskompetansen vedrørende lønn mv til ledende ansatte til generalforsamlingen) blitt fremmet av regjeringen Stoltenberg II for å begrense omfanget av opsjonspakker til toppledere i allmennaksjeselskaper. Etter at media i slutten av juli 2007 offentliggjorde at Hydro-ledelsen ville få vel 200 millioner kroner i avviklingsgodtgjørelse, kontaktet Nærings- og handelsdepartementet to ledende forretningsadvokatfirmaer, advokatfirmaene BAHR og Selmer, for å få vurdert lovligheten av styrets disposisjoner. I begynnelsen av august la advokatfirmaene fram hver sin konklusjon: Mens BAHR mente at Hydro-ledelsen gjennom de inngåtte «opsjonsavviklingsavtalene» hadde brutt den nye Asal § 16 a, jf § 5-6(3), ved å inngå en *end-ringsavtale* som skulle vært godkjent av generalforsamlingen som en «tildeling» av lønn og annen godtgjørelse i denne lovbestemmelsens forstand, mente Selmer derimot at det bare var inngått en *avviklingsavtale* som ikke kunne regnes som en «tildeling» av slike ytelser.

I brev av 3.8.2007²⁶⁷ tok BAHR opp styrets kompetanse etter Asal § 6-16 a(1)(3), jf § 5-6(3), til å inngå avtale om «avvikling» av det etablerte opsjonsprogrammet, i lys av denne lovbestemmelsens krav om at «tildeling» av aksjeverdibaserte godtgjørelser måtte godkjennes av generalforsamlingen. BAHR argumenterte med at det var nærliggende å se på de nye avtalene som endringsavtaler som ga opsjonsinnehaverne klart bedre ytelser enn opprinnelig avtalt, i første rekke fritakelse for arbeidsforpliktelser og reinvesteringsforpliktelser. Dermed hadde aksjonærfellesskapet (generalforsamlingen) et berettiget behov for både forutsigbarhet, innsyn og innflytelse slik de nye lovbestemmelsene tok sikte på å gi.

I et oppfølgende brev av 5.8.2007 hevdet BAHR dessuten at Hydro-styret hadde handlet i strid med inhabilitetsbestemmelsen i Asal § 6-27 ved å la styreleder Reinås og styremedlemmene Faremo og Mogren utgjøre den «kompensasjonskomité» som skulle forestå avviklingen av opsjonsprogrammet for selskapets ledergruppe.

Advokatfirmaet Selmer derimot hevdet i sitt brev av 3.8.2007²⁶⁸ at styret hadde tilstrekkelig dekning i de nevnte bestemmelsene for å avvikle opsjonsprogrammet uten generalforsamlingens medvirkning. I motsetning til BAHR mente Selmer at avviklingsavtalen ikke var noen tildeling, og at det forhold at både arbeidsplikten og reinvesteringsplikten i de opprinnelige opsjonsavtalene bortfalt som følge av avviklingsavtalene, ikke kunne tillegges avgjørende vekt.

Mer interessant – i sammenhengen her – enn denne tautrekkingen om en avtale om utbetaling av vel kr 200 millioner måtte regnes som en ny eller gammel «tildeling» etter Asal § 6-16 a, er det at Selmer, i motsetning til BAHR, trakk fram og vurderte anvendeligheten av Asal § 6-28, bestemmelsen som har overskriften «Misbruk av posisjon i selskapet mv», og som er plassert i samme avsnittet i loven som § 6-16 a, et avsnitt som har over-

²⁶⁷ Brevet er (per august 2007) tilgjengelig på Nærings- og handelsdepartementets hjemmeside på <www.regjeringen.no>, under stikkord <Nyheter>.

²⁶⁸ Se foregående note.

skriften «Ledelsens oppgaver og saksbehandling mv». Asal § 6-28 forbyr styret å foreta noe som er egnet til å gi visse styremedlemmer eller andre (f.eks. ansatte) «en urimelig fordel på andre aksjeeieres eller selskapets bekostning». Selmer la uten nærmere begrunnelse til grunn at § 6-28 ikke kunne anvendes her. Det er jeg ikke enig i:

Asal § 6-28 er i all hovedsak likelydende med § 8-14 i den opphevede Aksjeloven 4.6.1976 nr 59. I lovutredningen som lå til grunn for den tidligere § 8-14 ble denne bestemmelsen, sammen med den bestemmelsen som tilsvarer den nåværende Asal § 5-21 om misbruk av generalforsamlingens myndighet, karakterisert som en «generalklausul».²⁶⁹ Slik presenterte også *Truyen* 2004 (s 306 m/note 2) bestemmelsen. Denne karakteristikken indikerer at bruksområdet er tilsiktet å være bredt, og med vid skjønnsmargin, på samme måte som for generalklausuler ellers i lovgivningen. Av viktighet for tolkingen av bestemmelsen er det også at Justisdepartementet etter en kort, men poengtert drøftelse²⁷⁰ tok avstand fra lovutredningens formulering om bare å ramme beslutninger som «åpenbart» var egnet til å gi tredjemann en «utilbørlig» fordel på bekostning av andre aksjeeiere eller selskapet. Om valget mellom «utilbørlig», «åpenbart urimelig» og «urimelig» i lovteksten bemerket departementet at det «neppe [har] stor praktisk betydning», fordi

«[h]ovedsaken er at vedtak som gir en aksjeeier eller tredjemann fordeler til for[s 112] trengsel for andre aksjeeiere eller selskapet, må bygge på et saklig forsvarlig grunnlag. ... Departementet har foretrukket ordet “urimelig” uten noen nærmere kvalifikasjon.» (Ot prp nr 19 1974–75 s 111 flg.)

Et grunnleggende utgangspunkt for urimelighetsbedømmelsen etter bestemmelsen må etter dette være det rettslige grunnprinsippet som vanligvis omtales som «likhetsgrunnsetningen»²⁷¹ i aksjeselskapsretten, dvs et prinsipp som jeg i avsnitt (3.4) foran omtalte som det aristoteliske bytterettferdighetsprinsippet (utvekslingsrettferdighetsprinsippet). Likhetsgrunnsetningen er den bærende idé i aksjeselskapsformen, nedfelt i grunnregelen i Asal § 5-4(1) om at hver aksje gir én stemme. Et annet, og like grunnleggende utgangspunkt, som likhetsgrunnsetningen balanserer mot, er flertallsprinsippet²⁷², jf Asal § 5-17 flg.

At rimelighet ikke kan høvles ned til kun å være identisk med bytterettferdighet, like lite som det kan høvles ned til kun å være fordelingsrettferdighet (distributiv rettferdighet), følger allerede av argumentasjonen min i avsnitt (3.4) foran. I en aksjeselskapsrettslig kontekst, hvor likhetsgrunnsetningen må balanseres mot flertallsprinsippet, må formålet med en slik bestemmelse som i Asal § 6-28 følgelig være å *tillate* fravikelser fra like-

²⁶⁹ Se spesialmerknaene til § 8-14 i lovproposisjonen til Aksjeloven 1976, Ot prp nr 19 (1974–75) s 111.

²⁷⁰ Ot prp nr 19 (1974–75) s 112 andre sp tredje avsnitt flg.

²⁷¹ Se NOU 1992: 29 s 46 flg Kapittel 8 Minoritetsvern.

²⁷² Som foregående note.

behandlingsformelen – og da blir spørsmålet om hva slags kriterier som kan tenkes å gjøre slike fravikelser rimelige, ut over den gjengitte departementsformuleringen om at forskjellsbehandlingen «må bygge på et saklig forsvarlig grunnlag». I forhold til de opsjonsavviklingsavtalene som er temaet her, må det etter mitt syn veie tungt at det var snakk om en betydelig engangskostnad (kr 6–7 millioner i snitt på hver av om lag 35 ansatte) som hovedaksjonæren staten, med over 40 % av aksjene, klart hadde signalisert at man *ikke* ønsket å ha på repertoaret i forhold til ledende ansatte. I alle andre selskapskonstellasjoner enn selskaper hvor stat eller kommuner er hovedaksjonær, ville en liknende opptreden som den herrene Reinås og Reiten sto i spissen for opplagt ha ført til komplett hoderulling – ikke bare til at én av de to måtte gå. Det som foreligger av rettspraksis, og det er ved lagmannsrettene og Høyesterett foreløpig kun rettspraksis om Aksjeloven 1976 § 8-14, viser for øvrig at bestemmelsen først og fremst påberopes av mindretallsaksjonærer som blir overkjørt av flertallet, altså en annen situasjon enn i Hydro, hvor styret og øvrige ledende ansatte i fellesskap har spist grådig av lasset på bekostning ikke bare av de aller fleste aksjonærene²⁷³, men av hele selskapet.

Følgen av en overtredelse av § 6-28 vil typisk være at styret blir erstatningsansvarlig etter Asal § 17-1. § 6-28 er altså ingen ugyldighetsbestemmelse. *Bråthen* 2007 (note 1142) har fremhevet at lempning etter Avtl § 36 vil kunne være en mer egnet bestemmelse å påberope i situasjoner hvor medkontrahenten (her altså de tilgodesette ledende ansatte i Hydro) ikke var i aktsom god tro, jf dommen i Rt 1995 s 1026. I forhold til de inngåtte «opsjonsavviklingsavtalene» vil jeg som utgangspunkt legge til grunn at aktsom god tro ikke forelå for noen av de aktuelle ledende ansatte, men dette må til sjuende og sist bli en konkret bevisbedømmelse.

Begge advokatfirmaene hadde fått i oppdrag å vurdere avviklingsavtalene både i forhold til *aksjelovgivningen* og *avtalelovgivningen*, men ingen av dem foretok en vurdering av de opprinnelige opsjonsavtalene og avviklingsavtalene i forhold til avtalerettens basisregler om ugyldighet, herunder lempningsregelen i Avtl § 36. BAHR ofret ikke en linje på disse spørsmålene, og Selmer nøyde seg med en bemerkning på én linje om at ansattes rettigheter etter alminnelige kontraktsrettslige prinsipper ikke kan endres til deres ugunst uten deres samtykke.

Dersom advokatfirmaene, eller Nærings- og handelsdepartementet uavhengig av de mottatte rådene, hadde vurdert de inngåtte avviklingsavtalene i forhold til avtalerettens basisregler, ville Avtl § 36 vært en høyst aktuell bestemmelse å vurdere begge avtalekompleksene opp mot – avviklingsavtalene dessuten trolig også i forhold til Avtl § 33. Den nevnte Asal § 6-28 måtte innenfor rammen av min grunnantakelse ha vært vurdert atskillig

²⁷³ Siden flertallet av de involverte lederne trolig også var aksjonærer, har de altså ikke rammet seg sjøl qua aksjonærer.

grundigere – og den burde vært vurdert grundigere også innenfor konvensjonell oppfatning av gjeldende rett.²⁷⁴

Og – det er mitt sentrale poeng – både advokatfirmaene og myndighetene burde ha vurdert å anvende NL 5-1-2, bestemmelsen som ikke bare fastsetter at inngåtte avtaler skal holdes, men som tar forbehold for bl.a. avtaler som er «mod ... Ærbarhed». Dersom urimeligheten av både de opprinnelige inngåtte opsjonsavtalene og de seinere inngåtte avviklingsavtalene var blitt satt i sentrum for medieoppmerksomheten, kunne offentligheten fått en helt annen læringskurve når det gjelder sammenhengen mellom rett og moral i avtalerettslige spørsmål, atskillig mer interessant enn en strid om fintolkningen av den nye Asal § 6-16 a.

Når det gjelder det generelle innholdet i NL 5-1-2, viser jeg til redegjørelsen i avsnitt (7.2.5) ovenfor. Jeg framhever at Høyesterett i Rt 2004 s 1582 avsnitt 40 formulerte rettsnormen i denne bestemmelsen til å være «kvalifisert[e] brudd på allment aksepterte moralnormer». Ut fra den breie oppstandelse som de inngåtte opsjonsavviklingsavtalene vakte i offentligheten generelt og blant politikere spesielt, sett i sammenheng med hovedaksjonæren, statens, reaksjon mot den sittende styreleder Reinås, holder jeg det for nokså plausibelt at en påberopelse av NL 5-1-2 for å «nullstille» de inngåtte avviklingsavtalene ville ha stått seg helt til topps i rettssystemet.

For lesere som måtte være i tvil om anvendeligheten av NL 5-1-2 *per se*, kommer min grunnantakelse inn – og det er jo poenget her – som en akseleator for bruk både av denne bestemmelsen alene, og i kombinasjon med Avtl § 36. Det er altså aksjonærenes interesser som disse avtalenes moralske gehalt må vurderes i lys av. Da burde utfallet være nokså klart.

(9) *Samlende moralfilosofisk begrunnelse av grunnantakelsen – sammenhengstesens begrunnbarhet med hensyn til rimelighetsvurderingenes betydning i rettsordningen*

I de ovenstående avsnitt (1)–(7) har jeg gitt en begrunnelse av min moralfilosofiske grunnantakelse om at en urimelig (urettferdig) avgjørelse av et rettsspørsmål ikke kan regnes som gjeldende rett. Det gjenstår å samle noen avgjørende tråder – å påvise sammenhengstesens begrunnbarhet som fundament for grunnantakelsen. Men først vil jeg sammenfatte argumentasjonen i de foregående avsnittene.

²⁷⁴ At styreleder Reinås ble kalt inn på statsrådets kontor primo august 2007 og gitt sparken over bordet, indikerer imidlertid at Asal § 6-28 har vært vurdert grundigere av departementets jurister enn av de eksterne rådgiverne – jf bemerkningen ovenfor om at dette er en rein ansvarsbestemmelse.

(9.1) Sammenfatning av argumentasjonen ovenfor

(a) Den urimelighetsbedømmelsen jeg oppstiller som norm er av formell karakter, dvs er ikke supplert med noen typologier over materiell (innholdsmessig) rimelighet.

(b) Med grunnantakelsen ønsker jeg å etablere en uskreven argumenttypenorm (rettskildenorm) i den norske rettsordningen om plikt for rettsanvendere til å underlegge enhver rettsavgjørelse en urimelighetsbedømmelse.

(c) Urimelighetsbedømmelsen forutsettes å være argumentativt begrunnbar, på samme måte som øvrig rettsanvendelse – at rimelighetsbedømmelser bygger på verdimeslige forutsetninger, verdivalg og verdievaluerende synspunkter utelukker mao ikke rasjonell og etterprøvbar argumentasjon om inntatte standpunkter.

(d) Grunnantakelsen kan betraktes som en sikkerhetsventil i rettsordningen – urimelighetsbedømmelsen betyr ikke at øvrige argumenttyper mister relevans, men vektleggingen av disse vil påvirkes. Jeg har ikke gjort noe forsøk på å definere noen urimelighetsterskel, verken generelt eller for spesielle saksområder. Slike terskler må utvikles i praksis – jo mer urimelig en rettsavgjørelse framtrer, desto mindre grunn er det til å vektlegge argumenttyper som taler i favør av den urimelige løsningen.

(e) Den første (frittstående) moralfilosofiske begrunnelsen jeg ga for grunnantakelsen er forankret i en nylesning av universaliseringsmaksimen i Kants moralfilosofi, inspirert av et synspunkt i Eckhoffs «Rettskildelære» om at rettsanvendere gjennomgående er dyktigere til å treffe konkret rimelige avgjørelser enn til å lage generelle regler for aktuelle typetilfeller. Denne nylesningen hevdes å stemme godt overens med «formål i seg sjøl»-formuleringen av Kants kategoriske imperativ, samt alminnelige oppfatninger av induksjonsproblemet (at man ikke kan slutte fra «er» til «bør»).

(f) Den andre (frittstående) moralfilosofiske begrunnelsen jeg ga for grunnantakelsen er forankret i Rawls' kontraktsteori om rettferdighet som rimelighet, basert på en tro på likeverdige enkeltindividers rettferdighetsans i pluralistiske, konstitusjonelle demokratier.

(g) Den tredje (frittstående) moralfilosofiske begrunnelsen jeg ga for grunnantakelsen er forankret i allmennmoralen, altså at en slik grunnantakelse kan hevdes å samsvare med rådende oppfatninger i Norge av rettsanvendelsens formål.

(h) Den supplerende moralfilosofiske begrunnelsen jeg ga for grunnantakelsen er at (u)rimelighetsvurderinger er solid forankret i gjeldende norsk rett både som argumenttype, lovfastsatt rett og domstolskapt rett, og at det følgelig ikke er grunnlag for å hevde at separasjonstesen er et gjeldende argumentasjonsteoriprinsipp (rettskildeprinsipp) i rettsordningen. Etter mitt syn er det grunnlag for den konklusjon at det neppe noen gang har vært holdbart å hevde at separasjonstesen i sin alminnelighet er gjeldende rett – som uskrevet argumentasjonsteoriprinsipp (rettskildeprinsipp), sedvanerett

eller uskreven rettsregel – i Norge. Dermed har jeg ryddet av veien en rettslig snubletråd for min grunnantakelse. Men jeg hevder *ikke* at det er *rettsgrunnlag* for en kopling over hele linjen mellom rett og moral, altså at sammenhengsteses *generelt* gjelder som argumentasjonsteoriprinsipp i rettsordningen, ikke engang hva angår sammenhengen mellom rett og rimelighet. For utenom de områdene hvor vekten av (u)rimelighetsmomentet er positivt fastsatt i lovbestemmelser eller som domstolskapt rett, har (u)rimelighetsmomentet etter gjeldende rett *en ikke nærmere fiksert vekt* som argumenttype – *rettsanvenderne står mao fritt til å la momentet få avgjørende betydning, eller tvert imot å tillegge andre momenter mer vekt.*

Sjøl om separasjonstesens ikke anses å være gjeldende rett, gir ikke dette en tilstrekkelig *moralfilosofisk* forankring av grunnantakelsen. Men separasjonstesens sviktende rettslige holdbarhet i kombinasjon med rimelighets-hensynenes ubestridelige plass i rettsordningen må likevel etter mitt syn kunne hevdes å ha en ikke ubetydelig moralfilosofisk betydning. Først og fremst vil jeg framheve at rimelighetshensynenes integrering i rettsordningen er en indikasjon på at *moralske valg* har skapt denne tingenes tilstand. Derneft vil jeg hevde at den breie enighet om rimelighetshensynenes plass i rettsordningen i seg sjøl er et viktig element i en rasjonell moralfilosofisk begrunnelse av min grunnantakelse.

(9.2) Konklusjoner

Min moralfilosofiske argumentasjon – basert dels på en nylesing av Kants universaliseringsmaksime, dels på Rawls' teori om rettferdighet som rimelighet, dels på Tranøys teori om allmennmoralen og dels på de moralfilosofiske føringene fra gjeldende rett – anføres å legitimere grunnantakelsens holdbarhet, og dermed å legitimere sammenhengsteses som et gjeldende (uskrivet) argumentasjonsteoriprinsipp i norsk rett, så langt det er nødvendig for å begrunne grunnantakelsen. Med sistnevnte forbehold tydeliggjøres at jeg her i avsnitt 3.2.1 *ikke* har tatt stilling til om sammenhengsteses gjelder *generelt* som argumentasjonsteoriprinsipp i norsk rett. Det har ikke vært nødvendig for å begrunne grunnantakelsen.

At grunnantakelsen impliserer en påstand om en slik partiell sammenhengsteses holdbarhet, er utvilsomt. Kjernen i grunnantakelsen er nemlig at dersom en forsøksvis løsning av en konkret rettstvist er (tilstrekkelig) urimelig, kan den (i) *ikke regnes som moralsk akseptabel*, og (ii) *dermed heller ikke regnes som rettslig akseptabel*, uansett hvordan den rettslige argumentasjonssituasjonen (rettskildebildet) ellers er.²⁷⁵ Denne konklusjonen gjelder

²⁷⁵ På doktordisputasen 11.6.2008 ble jeg spurt av førsteopponenten, Hans Petter Graver, om jeg virkelig mente at en slik føring fra min grunnantakelse skulle gjelde absolutt. Jeg måtte da – etter noen sekunders betenkningstid – innrømme at Graver nok hadde fått inn en klar scoring mot meg (min ordbruk henspilte på at disputasen foregikk under fotball-EM). Ved nærmere ettertanke har jeg imidlertid kommet til at Gravers scoring her var noe billig: Allerede mot slutten av dette konklusjonsavsnittet hadde jeg tatt med en formulering som nok var mer dekkende for hva jeg hadde ment,

f.eks. også dersom det er helt på det rene at den urimelige løsningen er i samsvar med en uttalt rettsoppfatning fra det flertallet på Stortinget som vedtok den aktuelle lovbestemmelsen. Forskjellen mellom separasjonstese-posisjonen og sammenhengstese-posisjonen kommer altså fram i denne «og ... dermed»-formuleringen: separasjonstese-tilhengerne kan gjerne bli med på ferden til og med (i), men de *må* reservere seg mot konsekvens (ii), hvis de skal unngå å skifte side i den moralfilosofiske striden.

En tilslutning til min grunnantakelse ville for eksempel medføre

- (i) at domstolene måtte oppgi Mortvedt-formelen for overprøvingen av forvaltningsavgjørelsers rimelighet, og isteden måtte foreta en alminnelig urimelighetsbedømmelse som ledd i lovlighetskontrollen,
- (ii) at domstolene måtte skjerpe lovlighetskontrollen i saker om å gi arbeids- og oppholdstillatelse pga sterke menneskelige hensyn etter Utlendtl § 8(2), eller alternativt lempe terskelen for å statuere ugyldighet pga urimelighet i disse sakene, og
- (iii) at domstolene på de rettsområdene der urimelighet har vært benyttet minst som argumenttype, eller hvor regler om rimelighetsbedømmelse ikke fins, ville få en kraftig stimulans til å inkludere denne argumenttypen i sitt argumenttyperepertoar, samt utvikle uskrevne regler om urimelighetsprøvelse der det trengs.

Forskjellen mellom min grunnantakelses formulering av rimelighetsvurderingenes plass i rettsordningen og gjeldende rett i disse rettsspørsmålene, slik flertallet av norske rettsvitenskapere trolig oppfatter situasjonen, kan kort sammenfattes slik: Etter gjeldende rett er rettsanvenderens vurdering av resultatets rimelighet i en sammensatt harmoniseringsprosess en relevant argumenttype, men vekten er et helt åpent spørsmål. Når andre argumenttyper enn rimelighetsmomentet «klumper seg» sammen i tilstrekkelig grad, vil derfor rimelighetsmomentet i de fleste sammenhengene ikke bli tillagt stor vekt, og iallfall sjelden blir tillagt avgjørende vekt.

Etter min grunnantakelse vil rimelighetsmomentet ikke bare være et relevant moment, men et i utgangspunktet tungtveiende moment, som heller ikke kan neglisjeres i situasjoner hvor andre argumenttyper trekker tungt i motsatt retning. Rimelighetsmomentet som argumenttype får mao etter min grunnantakelse en «tung forhåndsvekt». Denne vektnormen kan klassifiseres som et uskrevet argumentasjonsteoriprinsipp (rettskildeprinsipp).

Med denne redegjørelsen har jeg oppfylt kravene jeg oppstilte i avsnitt 3.1.2(3) foran til begrunnbarheten av en svakt kognitivistisk moralfilosofiposisjon. Dermed har jeg også besvart den andre problemstillingen i avsnitt

nemlig at rimelighetsmomentet etter min grunnantakelse vil få en «tung forhåndsvekt». Og i det samlende avsnitt 3.2.5 nedenfor hadde jeg skrevet at grunnantakelsen «ikke anføres å gjelde absolutt, altså uten unntak» i konfrontasjon med forutberegnelighetshensynet og hensynet til lojalitet mot lovgiver. Dermed koker bruken av «uansett» i brødteksten ovenfor ned til en beklagelig slurv i sammenfatningen av mitt samlede syn. Istedenfor å endre på originalteksten har jeg valgt å supplere med denne fotnoten i bokversjonen av avhandlingen.

3.1.3(1) foran om mulighetene for en rasjonell moralfilosofisk begrunnelse av min grunnantakelse.

(10) *Ekskurs: rettspolitiske aspekter ved oppgivelsen av tesen om at rett og moral er separate verdisystemer*

Er det mulig å forestille seg at en norsk regjering kunne bestemme seg for å invitere Stortinget til en drøftelse av forholdet mellom rett og moral, f.eks. gjennom å framlegge en Stortingsmelding om spørsmålet, som også behandler spørsmålet om separasjonstesens holdbarhet som argumentasjons-teoriprinsipp (rettskildeprinsipp)? Det er nok mulig å forestille seg, men det er vel ikke så trolig at det kommer til å skje.

Skjebnen til *Verdikommisjonen* bør uansett analyseres nøye før man går alvorlig inn på en slik tanke: Denne ble nedsatt av Bondevik I-regjeringen ved Kgl res 30.1.1998, og skulle ifølge mandatet «bidra til en bred verdime-sig og samfunnsetisk mobilisering for å styrke positive fellesskapsver-dier og ansvar for miljøet og fellesskapet». Sarkasmen som omgikk kom-misjonens arbeid viser at det neppe er noen enkel oppgave å føre diskusjoner om generelle verdispørsmål i norsk offentlighet og sentrale be-slutningsfora. Trass i en rekke utadrettete aktiviteter, og en stor produksjon av materiale, som munnet ut i tre avsluttende bind i april 2001, valgte Stol-tenberg I-regjeringen å gravlegge sluttrapporten i stillhet, uten å framlegge noen Stortingsmelding om Verdikommisjonens arbeid. Og Bondevik-II-regjeringen, som overtok etter valget i 2001, fant det opportunt å la rappor-ten få hvile i fred.

Makt- og demokratiutredningen derimot fikk en annen – og klart mer po-sitiv – skjebne. Dens sluttrapport NOU 2003: 19 Makt og demokrati mun-net ut i en Stortingsmelding, og en totimers debatt en junifromiddag i 2005.²⁷⁶ Utredningens behandling av fenomenet «rettsliggjøring» – i det ve-sentlige det forhold at EF-domstolen og Den europeiske menneskeretts-domstol har fått større innflytelse på områder som tidligere var politikkdo-minerte, og at strid om individuelt og kollektivt rettighetsvern i større og større utstrekning var blitt overført fra politiske arenaer til domstolene – har satt spor etter seg i rettslivet. Debatten om disse spørsmålene er på ingen måte lagt død, iallfall ikke blant rettsvitenskapere.

Mao er det utvilsomt mulig å få til en stortingsbehandling av spørsmålet om koplinger mellom rett og moral, herunder separasjonstesens status – men det vil kreve en djervhet fra vedkommende statsråd som det nok kan være vanskelig å få øye på i dagens politiske situasjon.

²⁷⁶ Se St meld nr 17 og Innst S nr 252 (2004–2005) og Tidende S (2004–2005) s 2778–96.

3.2.2 Underlagsdokumentasjon for grunnantakelsen – koplinger mellom rett og rimelighet i den norske rettsordningen

(1) Problemstilling og oversikt

Som jeg gjorde rede for i avsnitt 3.1.3(1) foran, har jeg valgt å inkludere en dokumentasjon i avhandlingen av rimelighetshensynets forankring som gjeldende norsk rett, som argumenttype (reelt hensyn), som lovbestemt rett og som domstolskapt rett (uskreven rettsregel). Utgangshypotesen, basert på mine erfaringer gjennom deltakelse i norsk rettsliv som student, jurist, advokat og forsker i mer enn 35 år, har vært at rimelighetshensynets breie forankring i den norske rettsordningen ikke er noen tilfeldighet. Funnene som jeg dokumenterer her i avsnitt 3.2.2, utgjør grunnlagsmaterialet for drøftelsen i det foregående avsnitt 3.2.1(7.1) ovenfor. Disposisjonen for framstillingen i dette avsnittet er slik: I avsnitt (2) redegjør jeg for bruk av rimelighetshensyn som argumenttype (reelt hensyn) i den norske rettsordningen; i avsnitt (3) redegjør jeg for lovforankrede rimelighetsregler; og i avsnitt (4) redegjør jeg for domstolskapte rimelighetsregler.

(2) Dokumentasjon av bruk av rimelighetshensyn som argument- type – bl.a. under samlebetegnelsen reelle hensyn – i den norske rettsordningen

(2.1) Påberøping av «sakens natur» – en årtusengammel besvergelse for å tilsløre dels rettsskaping, dels vektlegging av rimelighetshensyn

Corpus Iuris Civilis inneholdt et interessant utsagn om at ingen lov kunne tillate noe som streid mot sakenes natur:

«Quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt» (*D[igesta]* 50[. bok], 17[. fragment], 188[. tittel], 1[. setning].)²⁷⁷

Termen «sakenes natur» – eller som vi kjenner den i vår egen rettstradisjon: «sakens natur» – kan i romerretten visstnok føres helt tilbake til Carus Lucretius (ca 95–55 før vår tid), som huskes for sitt seks binds læredikt om den epikureiske filosofien med tittelen «De rerum natura» (*Radbruch* 1948 s 229 andre avsnitt; *Filosofileksikon* 1996 s 358 første avsnitt).

I norsk rettsliv synes termen «sakens natur» å ha slått igjennom tidlig på 1800-tallet, åpenbart influert av rasjonalistisk naturrettsstenkning.²⁷⁸ Først og

²⁷⁷ Her sitert etter *Mayer-Maly* 1984 (s 274 andre avsnitt), noe som etter min latinkunnskap betyr: «Det som sakenes natur forbyr, kan ikke bli tillatt ved noen lov».

fremst er det nok via tysk rettsvitenskap at dette begrepet – som så mange andre rettsbegreper – har blitt en del av vår rettstradisjon. Det trolig klareste uttrykk for slik tankegang kom fram allerede i åpningsordene i *Montesquieus* «Om lovenes ånd» fra 1748:

«Lovenes er i videste forstand de nødvendige sammenhænge der afledes af tingenes natur ...» (*Montesquieu* 1998 s 3 første avsnitt.)²⁷⁹

Det kan virke slik at «sakens natur»-termen formelig har smurt rettslig argumentasjon og rettsteorien gjennom to millennier – som en bekvem metafor å ty til etter at analysekreftene hadde tatt slutt. Den tyske rettsvitenskaperen Arthur Kaufmann har i sitt velkjente arbeid «Analogie und “Natur der Sache” ...» (1982) hevdet at «sakens natur» var nøkkeltermen ved all analogisk tolking, etter hans syn den typiske rettslige argumentasjonsformen. Kaufmann betraktet også striden om denne termen som et ekko av universaliststriden i filosofien.

I Norge var Oscar Platou i sin «Forelæsninger over Retskildernes Theori» (1915) like klar i å forkaste rettsanvenderens egen oppfatning av konkret rimelighet som argument ved avgjørelsen av et rettsspørsmål, som han var i å omfavne «Sagens Natur» som grunnlag for løsningen av tvilsomme rettsspørsmål (s 59 andre avsnitt). Platou hevdet også at det var «Sagens Natur, som danner Jordbund for Sædvaneretten» (s 61 siste avsnitt). Dette standpunktet må ses i sammenheng med hvordan Platou forholdt seg til problemet med uskreven rettsdannelse, altså debatten i rettsteorien den gang om såkalte «rettstomme rom»:

«... Der gives intet retstomt Rum; ethvert menneskeligt Samfundsforhold, som er Loven tilgjængeligt, indebærer i sig sit *jus aequum*²⁸⁰, sit *jus naturale*²⁸¹, som er udgaaet af Sagens Natur saaledes, som vedkommende Samfund paa et givet Tidspunkt og under sin givne historiske Udvikling forstaar den. ...» (*Platou* 1915 s 58 første avsnitt.)

Platous tanker om retten som et sluttet hele, hvor det ikke var noe slingsringsmonn for skapende rettsdannelse fra rettsanvenderens side, var nok typisk for hans samtid – dette er den substansontologiske tilnærmingen som Ross en knapp mannsalder seinere skulle rette så drepande angrep mot.

²⁷⁸ Nærmere om rasjonalistisk naturrettsenkning, se *Anners* 1983 (kapittel 14).

²⁷⁹ Henvisningen til disse åpningsordene hos Montesquieu, (i den opprinnelige franske språkdrakten), har jeg funnet hos *Dießelhorst* 1990 (s 276 andre avsnitt). *Björne* 1991 (s 27 flg avsnitt 2.2) ga en god oversikt over utviklingen i nordisk rettsvitenskaps syn på den juridiske argumentasjonsteorien på 1800-tallet. På s 33 andre avsnitt poengterte han at Fr. Brandt i en artikkel i «Ugeblad for Lovkyndighed» i 1862 hadde gitt uttrykk for den mening at loven og sedvaneretten er likeberettigete som argumenttyper – i kontrast til den utbredte oppfatningen ellers i Norden, hvor loven ble rangert som den primære argumenttypen. Slik gis konturene av forklaring på at norske domstoler i mer enn 150 år har vært mer vidtfavnende i argumenttilfanget, og mer åpent argumenterende i begrunnelsen, enn nabolandenes domstoler.

²⁸⁰ *Jus aequum* betyr, etter min latinkunnskap, rimelig (rettferdig) rett.

²⁸¹ *Jus naturale* betyr, etter min latinkunnskap, naturlig rett.

Så langt om norsk rettskildelæreteori på begynnelsen av 1900-tallet. Et Lovdata-søk jeg foretok 8.8.2007 brakte for dagen at termen «Sagens Natur» var i bruk som argumenttype allerede i de aller eldste sakene i Norsk Retstidende på 1830-tallet, og i alt forekommer i 59 saker i Lovdatas databaser. Ved isteden å bruke den någjeldende språkformen «sakens natur» som søke-term, fikk jeg 194 treff, den eldste avgjørelsen fra 1913, den ferskeste fra 2007.²⁸²

Dommen i Rt 1838 s 233, som gjaldt en sivil tvist om beiterettigheter, synes å være representativ for de aller eldste sakene:

«Da saaledes den fremlagte Contract ikke kan ansees tilstrækkelig til at hjemle Appellanernes Paastand, vil det blive at undersøge, hvorvidt samme kan ansees begrundet ved *Sagens Natur* og Lovens almindelige bestemmelser ...» (Rt 1838 s 233 på s 235 andre avsnitt. Min kursivering.)

Om denne domsbegrunnelsen kan det nok innvendes at henvisningen til sakens natur like mye var en tom besvergelse som et moralsk argument. Ube-stridelig må det uansett være at en slik begrunnelsesform ikke var spesielt klargjørende.

I disse aller eldste sakene synes ellers ikke argumenttypen «Sagens Natur» bare å ha vært et subsidiært argument for dommerne. Tvert imot synes det å være et slående fellestrekk at «Sagens Natur» nevnes før «Loven» i dommernes presentasjon av argumentsituasjonen. En slik vektlegging av sakens natur foran loven synes å være godt i samsvar med grunntanker i rasjonalistisk naturrettstenkning.

Sør-Senja-dommen, Rt 2004 s 1092, synes å være representativ for bruken av betegnelsen «sakens natur» i vår tid. Tvisten gjaldt om Reindriftsloven 9.6.1978 nr 49 § 11(2) andre setning hjemlet fredning av (dvs forbud mot reinbeiting i) deler av et reinbeitedistrikt for å ivareta landbruksformål. Førstvoterende dommer Stabel²⁸³ ordla seg bl.a. slik da tvisten ble avgjort til skade for de ankende reieneierne:

«I motsetning til lagmannsretten, kan jeg ikke se at loven krever at fredningsvedtak skal være midlertidige. Det ligger i *sakens natur*, og følger av alminnelige prinsipper for forsvarlig saksbehandling, at et fredningsvedtak ikke skal opprettholdes etter at lovgrunnen ikke lenger er til stede. ...» (Rt 2004 s 1092, avsnitt 67. Min kursivering.)

Når dommer Stabels bruk av «sakens natur» i denne saken konfronteres med den betydning som Augdahl tiller termen, «[a]t en løsning findes å stemme med sakens natur, mao å være den rimelige og beste» (*Augdahl*

²⁸² Den eldste saken med treff på søketermen «Sagens Natur» var avgjørelsen inntatt i Rt 1836 s 195. Tallene her omfatter også eventuelle funn i referater fra lavere domstoler og i referat av parter an-førsler, som ikke er gjort til del av domstolens egen begrunnelse for avgjørelsen. Treffene dekker alle slags bruk av termene, og omfatter dermed på langt nær bare saker hvor sakens natur er brukt som et argument for vektlegging av rimelighet eller moralsk sensur ellers av avgjørelsen, noe jeg problematiserer nærmere straks nedenfor.

²⁸³ Med tilslutning fra dommerne Stang Lund, Bruzelius, Mitsem og Lund.

1973 s 17 første avsnitt), kan det nok framstå som mer enn tvilsomt om termen ble brukt med intensjon om å gi uttrykk for en vurdering av resultatets rimelighet. En utbredt betydningsvariant av termen «det ligger i sakens natur at ...» er jo rett og slett «det sier seg sjøl at ...». Brukt slik er termen en nokså tom talemåte, og ikke interessant som indikator for bruk av moralske argumenter i en rettsavgjørelse.

I gymnastikklærerdommen, Rt 2004 s 2015, brukte nok førstvoterende dommer Matningsdal termen «sakens natur» i en moralsk indifferent betydning da han (i avsnitt 25) bemerket følgende: «... Videre ligger det i sakens natur at det er vanskelig for de tilstedeværende nå å huske detaljert hva som skjedde. ...» Og i den aller ferskeste dommen jeg fant, fra 4.6.2007, Rt 2007 s 862, var det dissenterende dommer Stabel som igjen var ute og brukte «sakens natur» (i avsnitt 78) nokså klart på samme moralsk indifferente måte som hun hadde gjort i Sør-Senja-dommen.

Målt etter antall treff hos Lovdata ut over 1900-tallet har termen «sakens natur» kommet klart i skyggen av termen «reelle hensyn». Det ville derfor ikke overraske meg dersom en detaljstudie av disse sakene avdekker at Høyesterett har avgjort saken ut fra en klar moralsk vurdering i relativt færre saker når termen «sakens natur» er benyttet enn når det er «reelle hensyn» som er det.

(2.2) Rimelighetshensynets plass i Norges eldste skrevne lovgivning

Det synes ubestridelig at rimelighetshensynet hadde en sentral plass i Norges eldste skrevne lovgivning – og følgelig at dette hensynet var rotfestet som sedvanerett i den alminnelige rettsbevisstheten, målbåret bl.a. av lovsigemennene på tingssamlingene, før nedskrivningen av landskapslovene (K. Robberstad 1971 s 144 pkt 1; s 170 pkt e). Jørn Øyrehagen Sunde har framhevet at rimelighetshensynet var velkjent allerede i landskapslovene, og kom klart til uttrykk flere steder i Magnus Lagabøtes landslov (2005 s 141–42; s 151–54). Og i et tidligere publisert arbeid har Øyrehagen Sunde hevdet at rimelighet (under betegnelsen «billighed») også hadde stor betydning ved rettsanvendelsen i den norske del av helstaten Danmark-Norge mot slutten av enevoldstida (Øyrehagen Sunde 2000 s 52–53 avsnitt 2.3).

At man i Danmark-Norge på forskjellig vis ble influert av romerretten, og dermed også av åpningsordene «ius est ars boni et aequi» (retten er det godes og rimeliges kunst) i Corpus Iuris Civilis²⁸⁴, holder jeg for overveiende sannsynlig, jf Fenger 1977 (s 40–44) og Øyrehagen Sunde 2005 (s 23–25; s 105–6; s 114–15; s 173–74).

Men det fantes også en motsattvirkende – arkaisk – tradisjon i norsk rett (som i andre rettstradisjoner i vår kulturkrets – det vi kan kalle *den firkantede juss*-tradisjonen, etter biskop Burchards 1000 år gamle maksime «lex

²⁸⁴ Se nærmere opplysninger om disse åpningsordene i de første fotnotene her i kapittel 3.

dura, sed lex»²⁸⁵, altså (i min oversettelse): «loven er hard, men likevel er den lov». I Romerriket knyttes denne tradisjonen til den eldste skrevne retten, Tolvtaflelovene, og dens tilhørende prosessform, legisaksjonsprosessen (*Anners* 1983 s 56). Slik firkantjuss er også godt kjent fra sagalitteraturen. Og på 1800-tallet foreligger flere dommer om hensynsløs utnyttelse av privatrettslige rettighetsposisjoner, som imidlertid gradvis ble beklippet gjennom lovgivning og rettspraksis, noe jeg har redegjort nærmere for i avsnitt 3.2.1(7.2) ovenfor og tar opp (bl.a.) i avsnitt (3.15) og (4.2) nedenfor.

(2.3) *De reelle hensyns seiersgang som argumenttype i norsk rettsliv på 1900-tallet – og rimelighetsvurderingenes betydning blant disse hensynene*

Betegnelsen «reelle hensyn» har vært påberopt av partene eller brukt av Høyesterett i 782 avgjørelser, ifølge et Lovdata-søk jeg har foretatt 8.8.2007.²⁸⁶ Termen var i bruk allerede på 1920-tallet. Og «reelle hensyn» ble åpent benyttet som *moralsk begrunnelse* av domsresultatet både i den eldste sivile dommen og den eldste straffedommen i dette funnmaterialet:

Den eldste sivile dommen jeg har funnet hvor uttrykket «reelle hensyn» ble påberopt som argumenttype, er Forenede Papirfabrikker-dommen, Rt 1927 s 821, som er en skattesak. Her ble reelle hensyn påberopt for å anvende gjennomskjæringsbestemmelsen i Byskatteloven 1911 § 46(1) tredje setning som en generell armlengdeprinsipp-bestemmelse, noe som vurdert i ettertid klart nok kan hevdes å være i samsvar med lovens formål, men som den gang kunne være diskutabelt ut fra en snever ordlydsfortolkning. I den aktuelle saken hadde Forenede Papirfabrikker overtatt bankgjelda til én av sine råvareleverandører uten å bokføre noen motytelse etter at leverandøren hadde fått betalingsproblemer. Forenede Papirfabrikker var den vesentligste kjøper av cellulose fra denne leverandøren. Forenede Papirfabrikker fikk ikke godkjent fradrag for denne gjelda ved formuesligningen, idet en enstemmig Høyesterett la til grunn at disse overtakelsesvilkårene måtte være omfattet av formuleringen «annerledes» prisfastsettelse enn den normale i den nevnte skattelovbestemmelsen. Kjernen i domsbegrunnelsen lyder slik:

²⁸⁵ Slik ifølge <www.wikipedia.org>, på søketermen <lex dura> 31.8.2007, som ga treffet «Brocard», på norsk: brokarde, som, heter det, er en forvanskning av Burchard, biskop av Worms, død ca 1015, som samlet 20 bind med «Regulae Ecclesiasticae» (kirkeforordninger), hvorfra denne maksimen er av de mest kjente. «Pacta sunt servanda» er for øvrig en annen av disse maksimene.

²⁸⁶ Av totalsummen er det 459 sivile dommer og 95 straffeavgjørelser, mens resten er kjennelser fra kjæremålsutvalget. Jeg har ikke frasortert de avgjørelsene hvor «reelle hensyn» bare er påberopt av en part, uten å ha vært eksplisitt brukt i den delen av domspremissene som inneholder dommernes syn på saken. Heller ikke har jeg frasortert sakene hvor termen bare forekommer i en gjengivelse av avgjørelser fra lavere domstoler. En nærmere inndeling av de «reelle hensyn» etter argumenttype ligger også utenfor siktemålet her.

«... En antitetisk ordfortolkning vil her komme i strid med lovens formaal og de *reelle hensyn* som ligger til grunn for den, og føre til usammenhengende og *støtende resultater*.» (Rt 1927 s 821 på s 822 første avsnitt. Min kursivering.)

Den eldste straffeavgjørelsen jeg har funnet som inneholder uttrykket «reelle hensyn» brukt som argumenttype, er dommen i Rt 1948 s 928, som var en inndragningssak etter Landssvikloven 21.2.1947 nr 1 § 29. Det omstridte spørsmålet var om denne lovbestemmelsen kunne anvendes på arv som var falt før bestemmelsen trådte i kraft, altså uten hinder av tilbakevirkingsforbudet i Grl § 97. Høyesterett la – i plenum – enstemmig til grunn at inndragning ikke var straff i Straffelovens forstand, og fravek dermed uttrykkelig rettsforståelsen i Rt 1926 s 898.²⁸⁷ Dommerne opprettholdt byrettens inndragningsdom med i det vesentlige følgende grunngiving:

«... Jeg mener ... at avgjørende *reelle hensyn* taler for at inndragningskravet må kunne rettes mot den skyldiges bo og arvinger, idet det ville *være støtende* om disse skulle berikes ved arvelaterens forbrytelse.» (Rt 1948 s 928 på s 929 siste avsnitt. Min kursivering.)

Jeg tror ikke det er tilfeldig at man treffer på akkurat denne bruken av «reelle hensyn» i de aller eldste høyesterettsavgjørelsene hvor termen er brukt. Bruken stemmer helt med den utbredte forståelsen av begrepet 'reelle hensyn' i norsk argumentasjonsteorilitteratur. Ingen annen rettsvitenskaper kan gjøre Eckhoff rangen stridig når det gjelder pionerinnsats med synliggjøring av reelle hensyn som egen argumenttype i metodefagundervisningen.²⁸⁸ I førsteutgaven av «Rettskildelære» var reelle hensyn med som den sjuende av argumenttypene (rettskildefaktorene) som han listet opp innledningsvis (1971b s 20) og seinere forklarte bruken av i flere av bokas kapitler. Begrepsforklaringen av reelle hensyn ble ytterligere forbedret i andreutgaven av boka, under kapitteloverskriften «Rettslige vurderinger»:

«Det er vurderinger av resultatets godhet jeg kaller reelle hensyn. ...» (Eckhoff 1987a s 307 nestsiste avsnitt.²⁸⁹)

Ved å gjøre «godhet» til nøkkelord innlemmet Eckhoff et typisk moralsk vurderingstema i begrepsforklaringen av argumenttypen «reelle hensyn», i og med at «god» og «dårlig» tradisjonelt er helt sentrale termer i moralfilo-

²⁸⁷ Dersom Høyesterett ikke hadde fraveket den nevnte avgjørelsen, ville det ha oppstått en kritisk tolkingssituasjon i forhold til tilbakevirkingsforbudet Grl § 96. På bakgrunn av resultatet i Klingekjennelsen, Rt 1946 s 198, (dissens 9–4), er det vel trolig at også denne saken da ville ha blitt avgjort under dissens.

²⁸⁸ Eckhoffs pionerinnsats i metodefagundervisningen betyr ikke at han var alene om å framheve de reelle hensyns betydning. *Kjønstad* 2006 (bl.a. s 361 fjerde avsnitt) har med rette framhevet at andre rettsvitenskaper hadde brukt betegnelsen før Eckhoff – blant disse framhevet han Fleischer i «Grunnlovens grenser» (1968), Carsten Smith – og Per Augdahl. At Augdahls navn ble trukket fram av Kjønstad, kan jeg vanskelig skjønne berettigelsen av. I Augdahls «Rettskilder» var bruken av betegnelsen «reelle hensyn» nokså nedtonet.

²⁸⁹ Likedan i Eckhoff 1993 (s 303 nestsiste avsnitt); uendret i Eckhoff og Helgesen 2001 (s 371 nestsiste avsnitt).

sofien. Og Eckhoff nøyde seg ikke med å gi denne korte forklaringen. Litt ut i drøftelsen av godhetsvurderingene hevdet han også følgende:

«Størsteparten av de spørsmål som man står overfor i rettslivet *kan* dels vurderes ut fra rettferdighetshensyn og dels på basis av de antatte virkninger av ordningene. ...» (Eckhoff 1987a s 319 siste avsnitt. Min kursivering.²⁹⁰)

Godhetsvurderingene kategoriserte Eckhoff i fire underkategorier: (1) rettferdighetsoppfatninger, (2) virkningsorienterte vurderinger og deres forhold til rettferdighetsbetraktninger, (3) formålsbetraktninger og (4) interesseavveininger (1987a s 316–26²⁹¹). Rimelighetshensynene, som er i fokus her, faller klart inn under de to første av disse underkategoriene, og vil også kunne plasseres blant formålsbetraktningene. Eckhoffs kategorisering hadde analytiske og pedagogiske siktemål – fra høyesterettspraksis kjenner vi igjen disse fire underkategoriene, og dessuten en nokså rik bukett av formuleringer som i større eller mindre grad synliggjør at rimelighetsbetraktninger har inngått i overveielser av domsresultatet.

Underkategorien «virkningsorienterte vurderinger» ble av Eckhoff forklart som «vurderingsmåter som kjennetegnes ved at man gjør seg opp en mening om hvilke virkninger det man vurderer antas å få, og legger avgjørende vekt på om de er gode eller dårlige» (1987a s 319 pkt 3 første avsnitt²⁹²). Virkningsorienterte overveielser trenger imidlertid etter mitt syn ikke nødvendigvis å være av moralsk art – bare en godhetsvurdering av slike overveielser er det.

Det typiske ved Høyesteretts bruk av rimelighetshensyn som argumenttype er at det bare er når rimelighetshensynene tillegges betydelig eller avgjørende vekt at de kommer åpent fram i avgjørelsespremissene. Når en tvist løses på et annet grunnlag, dvs i de aller fleste rettsvister, er det sjeldnere at rimelighetsmomentet nevnes.

Blant de rettsavgjørelsene hvor rimelighetshensyn har vært åpent framme, men andre hensyn likevel har blitt utslagsgivende, er avgjørelser hvor enten forutberegnelighetshensynet eller hensynet til lojalitet mot lovgiver har blitt påberopt, trolig de mest kjente. Disse dommene går jeg nærmere inn på henholdsvis i avsnitt 3.2.4(2.2) og (2.4) nedenfor, som ledd i drøftelsen av innvendinger mot min grunnantakelse. At de nevnte hensyn i utgangspunktet er en tungtveiende virkningsorientert vurdering i Høyesterett, er noe jeg ikke bestrider – men de utgjør etter min vurdering ikke avgjørende innvendinger mot min grunnantakelse.

Et iøynefallende trekk ved Høyesteretts bruk av rimelighetsbetraktninger som reelt hensyn er at bruken iallfall i en viss grad har blitt standardisert på de rettsområdene hvor liknende skjønnsstemaer har kommet opp mer enn

²⁹⁰ Likedan i Eckhoff 1993 (s 315 nestsiste avsnitt); uendret i Eckhoff og Helgesen 2001 (s 386 andre avsnitt).

²⁹¹ I det vesentlige uendret i Eckhoff 1993 (s 312–22); uendret i Eckhoff og Helgesen 2001 (s 383–93).

²⁹² Likedan i Eckhoff 1993 (s 315 pkt 3 første avsnitt); uendret i Eckhoff og Helgesen 2001 (s 385 pkt 3).

bare sporadisk. Gjennom denne mønsterdannelsen for bruken av rimelighetsvurderinger som argumenttype foreligger en *sømløs overgang* mellom (i) Høyesteretts enkeltstående bruk av rimelighetsbetraktninger som argumenttype (reelt hensyn) i rettsavgjørelser, og (ii) domstolskap – dvs egenprodusert – rett om rimelighetsbedømmelse på visse rettsområder. Denne mønsterdannelsen kan betraktes som en uskreven regeldannelse for avveiningsnormer, som må antas å være underlagt de samme regelendringsbegrensninger som uskreven rettsdannelse for øvrig.

I avsnitt (4) nedenfor tar jeg for meg eksempler fra sju ulike rettsområder på slik standardisert bruk i høyesterettspraksis av rimelighetsvurderinger som argumenttype gjennom de siste om lag 50 åra. I fortsettelsen her vil jeg ta for meg to høyesterettsavgjørelser hvor det *bare var et mindretall* som ville legge avgjørende vekt på rimelighetsmomentet, nemlig (i) farskapspresumsjonsdommen, Rt 1965 s 607 (dissens 3–2), og (ii) nødtestamentdommen, Rt 1984 s 1425 (dissens 3–2). Sakene illustrerer godt både hvordan forskjeller i bevisvurderingen og i lovtolkingen influerer på en slik sammensatt vurdering som en konkret (individuell) rimelighetsvurdering oftest vil være, og at saksforholdet ikke sjelden vil kunne være slik at andre argumenter enn hensynet til avgjørelsens rimelighet blir avgjørende.

(i) Farskapspresumsjonsdommen, Rt 1965 s 607 (dissens 3–2) gjaldt en tvist om fragåelse av farskap, anlagt av en mann mot hans tidligere ektefelle. Saken aktualiserte tolkingen av den strenge farskapspresumsjonsbestemmelsen (pater est-regelen) for barn født i ekteskap i den dagjeldende Ektebarnlova 21.12.1956 nr 9 § 2.²⁹³ Saksforholdet i korte trekk var at en mann hadde vedtatt farskapsforelegg i tillit til barnemoras opplysninger om at hun ventet barn med ham, og et halvt år seinere giftet seg med henne. Paret flyttet aldri sammen, og ble separert allerede etter et år, og deretter skilt.

Kort tid etter ekteskapsinngåelsen fikk mannen vite at kona hadde hatt samleie med flere andre navngitte menn i den perioden barnet ble konseptert, noe som ikke ble bestridt under saken. I den påfølgende saken om farskapsfragåelse var alle dommere enige – ut fra de begrensede biologiske bevis man rådde over den gangen – om at det ikke kunne «haldast for visst» at ektemaken ikke var barnefaren. Dermed kunne ikke fragåelse av farskap skje i medhold av § 2(1) andre alternativ. Om det sentrale bevistemaet som da meldte seg, beviskravet etter § 2(1) første alternativ, delte retten seg i to. Et flertall på tre dommere la til grunn at barnemora hadde hatt samleie både med den tilkommende mannen (A) og en annen navngitt mann (F), men fant likevel ikke at det var «ettervist at ho vart med barnet» med F. Førstvoterende dommer Rode²⁹⁴ viste til Barnelovutvalget, som i sin innstilling til loven hadde uttalt at det «må kreves en ganske høy grad av sikkerhet før

²⁹³ Se nå den videreførte farskapspresumsjonsbestemmelsen i Barnelova 8.4.1981 nr 7 § 3(1), som også inneholder sentrale bestemmelser om rett for de berørte til å bestride farskapet gjennom saksanlegg (§ 6) og om DNA-testing som legalbevis (§ 9).

²⁹⁴ Med tilslutning fra dommerne Anker og Gaarder.

det «må antas at barnet er avlet av» en annen enn ektemannen (Rt 1965 s 607 på s 611 andre avsnitt). Disse beviskravene var ifølge dommer Rode ikke oppfylt, og skulle man da gi A medhold i at han ikke var barnefaren, ville man ikke bare «sette seg ut over lovens ord», men også positivt fastslå at A ikke var barnefaren, noe som ville endre søksmålets karakter (s 611 nestsiste avsnitt). A fikk derfor ikke medhold i at han ikke var barnets far.

Mindretallet på to dommere vurderte rettsregelsituasjonen annerledes. Andrevoterende dommer Leivestad²⁹⁵ uttalte direkte at man «i høy grad måtte regne med muligheten av at [barnets mor] kan være besvangret av en annen enn» A eller F (s 612 fjerdesiste avsnitt). I denne situasjonen, og ut fra sakens faktiske omstendigheter (kortvarig forbindelse, truffet hverandre noen ganger, hatt samleie, aldri bodd sammen, ikke vært forlovet, ikke noe reelt ekteskap, forholdet opphørte da barnemora begynte på døveskole etter få måneder) mente dommer Leivestad at bevisregelen i Lov om barn utanom ekteskap 21.12.1956 nr 10 § 21 burde vært anvendt. Da ville det være «klart» at verken A eller F ville kunne dømmes som far, fordi det forelå «omstende som gjer det lite truleg» at noen av disse var faren.

«Slik forholdene stiller seg i denne sak, finner jeg at det bør være avgjørende for at A fritas for farskapet, på tross av at de strikte beviskrav som er stillet i ektebarnlovens § 2 ikke er oppfylt. De hensyn som har motivert disse beviskrav, foreligger så vidt jeg kan se i det vesentlige ikke, og ved å følge dem etter deres ordlyd, kommer man til et resultat som etter min mening er *så lite rimelig* at det neppe kan antas å stemme med lovgiverens hensikt.» (Rt 1965 s 607 på s 612 nestsiste avsnitt. Min kursivering.)

Mindretallet mente altså at sakens faktum lå slik an at farskapsfrågåelses-saken prinsipielt burde vært avgjort etter den lempeligere bevisregelen i Uektebarnlova § 21, og ville uansett tolke Ektebarnlova § 2 lempeligere – imot ordlyden – for å nå fram til et resultat som mindretallet mente var bedre i samsvar med lovgivers mening. Urimelighetsmomentet ved en «tekstnær tolking» ble altså direkte koplet opp mot antakelser om lovgivermeningen. Det sistnevnte momentet ble understøttet av en henvisning til en uttalelse fra Barnelovutvalgets leder, Carl Jacob Arnholm, som med partenes samtykke var blitt framlagt, og hvor denne hadde uttalt at lovens ord i denne saken etter hans mening ville kunne føre til et resultat som ikke dekket lovens mening (Rt 1965 s 607 på s 613 siste avsnitt). Hva mindretallet ville ha gjort, dersom man ikke hadde funnet støtte for sine antakelser om lovgivermeningen hos professor Arnholm, er et spørsmål som må stå åpent. Etter min mening ville mindretallet stått like trygt ved å argumentere direkte mot flertallsresultatets urimelighet, istedenfor å forsøke å stive opp argumentasjonen gjennom appeller til lovgivermeningen. Den siste er som kjent ofte vanskelig å få klarhet i, og uansett – etter formentlig alminnelig oppfatning blant rettsvitenskapere i Norge – ikke vektmessig privilegert blant argumenttypene. Det kan være passende å avrunde med å vise til Lød-

²⁹⁵ Med tilslutning fra dommer Bendiksen.

rup, som kommenterte dommen i en lengre artikkel i festskriftet til Arnholms 70-årsdag:

«Det er en alvorlig sak å nekte en mann å bli fri farskapet til barn hans hustru føder, når det er overveiende sannsynlig at barnet ikke er hans. (*Lødrup* 1969 s 726 siste avsnitt.)

(ii) Nødtestamentdommen, Rt 1984 s 1425, gir med sin skarpe dissens, 3–2, hvor mindretallet ville la rimelighetsvurderinger få avgjørende vekt, en utmerket illustrasjon av denne argumenttypens potensial som gjennomreflektert og nyanserik argumenttype. Sakens bakgrunn var at en 27 år gammel, ugift og barnløs mann (i dommen og heretter kalt E) hadde begått sjølmord. Rett før E skred til verket og skjøt seg, fikk han det for seg at han ville forpurre at hans etterlatenskaper ble overtatt av noen av slektsarvingene (halvsøsken mv). Derfor utformet han et testamentliknende dokument hvor han skreiv at han var for dum til å leve, og bestemte at alt han eide skulle fordeles med en tredel på hver av to leieboere på hans boligeiendom samt barnet til én av naboene. Dokumentet ble undertegnet av E, men han unnlot å sørge for påtegning fra testamentvitner i samsvar med Arvelova 3.3.1972 nr 5 § 49.

På offentlig skifte av avdødes bo ble det tvist mellom testaments- og slektsarvingene om dokumentets lovlighet som nødtestament etter Arvelova § 51(2) første setning, jf § 51(1) første setning, altså om (i) det forelå et nødtilfelle, og om (ii) det hadde vært uråd for testator å hente to vitner. Høyesteretts flertall, tre dommere²⁹⁶, mente at det ikke objektivt sett forelå et plutselig inntruffet nødtilfelle, og la med støtte i den sakkyndiges uttalelse til grunn at beslutningen om å ta sitt eget liv «var resultatet av en lang utvikling både på det indre og ytre plan» (Rt 1984 s 1425 på s 1433 siste avsnitt). Dermed ble testamentet ansett for ugyldig, og arven tilfalt slektsarvingene.

Mindretallet på to, førstvoterende dommer Aasland og dommer Christensen, hadde en annen vurdering enn flertallet av det omtvistete spørsmålet om når E besluttet å ta sitt eget liv (s 1428 tredjesiste avsnitt flg). Det var intet spesielt som tydet på at E hadde sjølmordplaner i dagene før gjennomføringen. I likhet med skifteretten og lagmannsretten uttalte dommer Aasland at Es beslutning om å ta sitt eget liv måtte være tatt samme natt som han gjorde det.

Når det gjaldt den rettslige bedømmelsen tok dommer Aasland avstand fra lagmannsrettens lovtolkning om at det bare forelå en nødssituasjon når et sjølmord har bakgrunn i ekstraordinære ytre begivenheter. Det avgjørende måtte være arvelaterens eget syn på nødssituasjonen idet han utførte sin siste vilje. I denne saken viste sjølve handlingen at arvelateren måtte ha opplevd situasjonen som en tvingende nødssituasjon, og det måtte være avgjørende:

²⁹⁶ Andrevoterende dommer Dolva, med tilslutning fra dommerne Bugge og Halvorsen.

«... Slik situasjonen lå an, ville det etter min mening være *helt urimelig og urealistisk* å kreve at han skulle ha tilkalt vitner. Og da må det etter min mening sies at dette ikke har vært mulig i lovens forstand. ...» (Rt 1984 s 1425 på s 1431 andre avsnitt. Min kursivering.)

Mindretallets votum er etter mitt syn et godt eksempel på bruk av urimelighetsmomentet som tungen på vektskåla i en sammensatt og momentrik begrunnelse av så vel vanskelige bevis- som rettsspørsmål.

*

I norsk rettsvitenskap er det knapt noen røster som har hevet seg mot Høyesteretts bruk av «reelle hensyn» som argumenttype – iallfall ikke de siste 30–40 åra.

En enslig, markert kritisk, røst blant rettsvitenskapere har vært Bjarne Askeland, som i artikkelen «Eckhoffs rettskildelære under press» (1999) påpekte at institusjonaliseringen av reelle hensyn som argumenttype var unik i Norge sammenholdt med det som ellers gjelder i Europa, og at den argumentative friheten som rettsanvenderne hadde fått gjennom denne argumenttypen, ga grunn til å «frykte at den norske juristkulturen over tid har innarbeidet en form for disiplinmangel i rettsanvendelsen» (1999 s 122 femte avsnitt). Denne frykten er etter min mening svakt begrunnet – norsk rettskultur bør tvert imot stå som et forbilde for de fleste land i Europa når det gjelder argumentativ åpenhet i rettslig argumentasjon, skjønt ikke helt uten lyter:

For eksempel har det siden tidlig på 1990-tallet vært drøftet (i) dels hvordan begrepet 'reelle hensyn' skal rubriseres i forhold til aksene «intrarettlig»–«ekstrarettlig», (ii) dels om bruken av reelle hensyn-*betegnelsen* er fornuftig, (iii) dels om internasjonaliseringen av den norske rettsordningen vil framtvinge en redusert bruk av de reelle hensyn. Disse spørsmålene tar jeg opp i avsnitt (2.4) straks nedenfor.

Den nær unisone pro-holdningen til bruk av reelle hensyn som argumenttype i utpreget argumentasjonsteoretiske arbeider siden tidlig på 1990-tallet gir et megetsigende vitnesbyrd om at Eckhoffs klargjøring av begrepet 'reelle hensyn' i det store og hele har vunnet tilslutning:

Boe 1993a (s 250 første avsnitt) forklarte «reelle hensyn» som «verdianvenderens egen vurdering». I et nyere arbeid nedtonet han betydningen av selve termen «reelle hensyn», ved å angi den i parentes bak «[r]ettsanvenderens vurderinger» i sin liste over relevante argumenttyper (*Boe* 1996 s 158 pkt 14.111 og s 290 flg pkt 16.8). *Skoghøy* 1994 (s 848 siste avsnitt flg) hevdet at reelle hensyn er en samleterm for virkningsorienterte vurderinger, innholdsmessige vurderinger (god/dårlig), vurderinger av retts tekniske hensyn og systemorienterte vurderinger. *Bernt* 1995 (s 29–30) rubriserte argumenttypene i tre kategorier, (i) positiverte verdier, (ii) generelle rettslige verdier og (iii) breiere samfunnsmessige verdier. De sistnevnte omfattet termen «reelle hensyn», og ble av *Bernt* forklart som «grunnleggende fornufts- og verdimessige premisser, knyttet til våre forestillinger om rasjonalitet, konsekvens, rimelighet og grensene for legitim maktutøving» (s 30 tredje avsnitt). *Krüger* 1996 (s 286–88) typologiserte argumenttypene i tre gjensidig parametre, visualisert med overlappende sirkler: regler, praksis og skjønn. Han forklarte sistnevnte parameter, hvor han

plasserte de reelle hensyn, som «argumentasjon som bygger på verdibaserte vurderinger». *Torvund* 1996 (s 258–59) tok utgangspunkt i Eckhoffs definisjon, og grupperte disse vurderingene i fire hovedgrupper: rimelighet og rettferdighet, faktiske konsekvenshensyn, rettslige konsekvenshensyn og hensiktsmessighetsvurderinger. *Fleischer* 1998 (s 23 andre avsnitt) forklarte de reelle hensyn som «hensynene til hva som er en rimelig og hensiktsmessig regulering gjennom rettsreglene». *M. H. Andenæs* 1997 (s 66 andre avsnitt) forklarte reelle hensyn som «hensynet til at tolkingsresultatet skal være rimelig og hensiktsmessig». *Somby* 1999 (s 95 nestsiste avsnitt) tre-delte argumenttypene i «tekster, praksis og vurderinger», og impliserte uten videre at reelle hensyn hørte hjemme i sistnevnte kategori. *Graver* 2000 (s 437 siste avsnitt flg) poengterte at reelle hensyn for Eckhoff var en reint formell kategori, dvs at hans forklaring av begrepet som vurderinger av hva som er rettferdig, rimelig, formålstjenlig e.l. ikke sjøl inneholdt noen bestemmelse av innholdet i disse termene. *Andenæs* 2002 (s 83 siste avsnitt) framhevet som det karakteristiske ved 'reelle hensyn'-begrepet at det «[f]or dommeren vil ... være et vesentlig moment ved tolkingen om et resultat fremtrer som hensiktsmessig og rettferdig». For *Nygaard* 2004 (s 154 nestsiste avsnitt) innebar hensynet til resultatets godhet «både at resultatet skal vera godt som generell regel, og at den individuelle løysinga skal vera god så langt råd er».

Ut fra denne presentasjonen av rettsvitenskapernes pro-holdning kan man nok lett få et for rosenrødt inntrykk av rimelighetsbetraktningenes plass i det praktiske rettslivet. Et slikt inntrykk kan bestyrkes av at de problematiske sidene ved rimelighetsargumentasjonen som jeg tar opp i avsnitt 3.2.4 nedenfor, bare i mindre grad har vært adressert av norske rettsvitere.²⁹⁷ Når den åpne bruken av rimelighetsbetraktninger og andre godhetsvurderinger i rettsavgjørelser tallmessig likevel ikke er så veldig omfattende, er vel forklaringen dels at de fleste rettsavgjørelser treffes på et klart mer håndfast argumenttypegrunnlag, dels at det av flere grunner kan framstå som bekvemt å skjule rimelighetsvurderinger bak mer «uangripelige» begrunnelser.

(2.4) *Reelle hensyn som ekstrarettslige eller intrarettslige argumenter – nyere kritikk av reelle hensyn i norsk rettsvitenskap*

I tysk rettsliv utover 1800-tallet ga termen «sakens natur» opphav til en heftig og vedvarende strid om begrepsdefinisjonen viste til (eller burde vise til) argumenter som var intra-rettslige, eller om den også viste til (eller burde vise til) ekstra-rettslige argumenter. Denne manglende avklaringen har ikke bare fulgt denne termen, men i Norge også dens søsterterm «reelle hensyn», som nissen på lasset like fram til våre dager. Jeg ser det slik at

²⁹⁷ *Skoghøy* 1994 og *Nygaard* 2004 er de to klare unntak som jeg kommer tilbake til i avsnitt 3.2.4.

denne striden kun er en alternativ formulering av striden om koplingene mellom rett og moral i rettsteorien og moralfilosofien, mao om sammenhengstesen (intra-rettslig kopling) eller separasjonstesen (ekstra-rettslig kopling) er sann eller på annet grunnlag bør legges til grunn ved rettsanvendelsen.

Doublet og Bernt 1993 (s 179 andre avsnitt) hadde etter min mening et sentralt poeng da de hevdet at Ross og Eckhoff pga sin holdning til de reelle hensynenes betydning sto for en «skinnpositivisme» som verken kunne eliminere, eller pretenderte å kunne eliminere, vurderingene i rettsanvendelsen.

Bernt 1995 synes å ha hevdet det standpunkt at verdivurderingene må forankres som en intra-rettslige argumenttype for overhodet å kunne kvalifiseres som en relevant argumenttype:

«Reelle hensyn må være en argumentasjonstype *innenfor* den metodisk rettslig korrekte argumentasjon, ikke noe som eksisterer på utsiden av denne som mer frittsvevende synsing og verdivalg fra den enkelte rettsanvender. ...» (*Bernt* 1995 s 29 tredje avsnitt. Min kursivering.)

Bernts synspunkt kan leses som en tilslutning til sammenhengstesen mellom rett og moral. Framfor å se seg blind på denne enten-eller-konstellasjonen, er det vel viktigere å framheve det dynamiske aspektet ved argumenttypen «reelle hensyn». Godhetsvurderinger som skal nyttes i juridisk argumentasjon må nødvendigvis ha forankring både utenfor og innenfor den rettslige sfæren. Med systemterminologi kan man mao hevde at disse hensynene både kan være *input* i og *output* fra rettsystemet. I et erkjennelsesteoretisk perspektiv mener jeg at de reelle hensyn skapes eller gjenskapes av de involverte rettsanvenderne ved at de legges til grunn for en rettsavgjørelse.

Fleischer har hevdet at Eckhoffs forklaring av reelle hensyn medfører en sammenblanding av forskjellige forhold under paraplyen «vurderinger», dvs at Eckhoffs bruk av *fellestermen* «vurderinger» er uheldig, fordi denne termen også nyttes om den avveining eller harmonisering som foretas mellom flere argumenttyper (1998 s 381 første avsnitt). Fleischers advarsel kan nok være vel begrunnet i et didaktisk perspektiv, men Eckhoff understreket sjøl at hans bruk av termen «vurdering» var mangefasettert. Fleischers innvending var for øvrig bare et ekko av en tilsvarende kritikk fra andre rettsvitenskapere, f.eks. *Stuer Lauridsen* 1977 (s 374 avsnitt III), som har påpekt flertydigheten mellom «vurderinger» som «metode» og som «kilde» i Eckhoffs språkbruk. Videre har *Peczenik* 1995 (s 160 andre avsnitt) bidratt til en ytterligere klargjøring av vurderingsbegrepet, ved å hevde om det etymologisk sammenfallende svenske ordet «värdering» at dette kan ha (iallfall) tre betydninger: (a) vurderingsutsagn, (b) innholdet av dette vurderingsutsagnet) og (c) en språkhandling, dvs det å hevde et vurderingsutsagn.

En mer treffsikker kritikk enn Fleischers kom da Høgberg påpekte at Eckhoffs definisjon av begrepet 'reelle hensyn' ikke klart nok tydeliggjorde at en «vurdering» er en *tankeprosess* hos rettsanvenderen, mens et «hensyn» er et *argument* som nyttes ved denne vurderingen. Dermed passer det ikke å sette merkelappen «reelle» på alle hensyn. Høgberg foreslo isteden å definere 'reelle hensyn' som 'hensyn til resultatets godhet' (2000 s 544–47 kapittel 3.1). Denne argumentasjonen er etter min mening fruktbar, men likevel ikke helt fyllestgjørende. For «vurdering» kan nyttes både for å betegne en prosess og for å betegne produktet av denne prosessen, jf dagligspråkformuleringer på formen «min vurdering av [x] er [y]».

I et bidrag i festskriftet til Fleischers 70-årsdag nyttet Høgberg bl.a. Ogdens velkjente trekant for å tydeliggjøre sammenblanding av forskjellige aspekter ved språkbruken rundt reelle hensyn-betegnelsen. Et sentralt poeng i arbeidet var en etterlysning av normativ argumentasjon blant rettsanvendere og rettsvitenskapere som bruker (u)rimelighet eller liknende som sistebegrunnelse av standpunktet til et rettsspørsmål (2006 s 310 andre avsnitt).

I forlengelsen av Høgbergs kritikk av 'reelle hensyn'-begrepet har Kinander i flere artikler søkt å tydeliggjøre en klar diskrepans mellom Eckhoffs rettsteoretiske forutsetninger og de praktiske metodeanvisningene han ga i sin «Rettskildelære». I en artikkel fra 2000 hevdet Kinander om realiteten i denne boka at det «ikke [finnes] noe klart skille mellom vurderinger, normer og verdspørsmål» i [den], trass i at Eckhoff i utgangspunktet sluttet seg til Ross' deskriptivt-analytiske program for rettsvitenskapen (Kinander 2000 s 349 første avsnitt). Og videre:

«... Ved å inkludere reelle hensyn som rettskildefaktor ... inkluderer Eckhoff også alle muligheter for *eksterne* normative korrektiver til retten i retten selv. Alle disse mulige korrektivene sees nå som system-interne. ...» (Kinander 2000 s 349 siste avsnitt. Kinanders kursivering fjernet. Min kursivering.)

Kinander påpekte vel her det paradoks at Eckhoff var tilhenger av separasjonstesen som rettsteoretiker, men samtidig i praksis rullet ut den røde løperen for bruk av sammenhengstesen som metodeoretiker, noe jeg har redegjort nærmere for både i kapittel 2 avsnitt 2.3.3(1.3) ovenfor, og her i kapittel 3 avsnitt 3.1.1(2) og avsnitt 3.2.1(4.3) ovenfor.

I et annet arbeid utdypet og forsterket Kinander kritikken mot det han karakteriserte som ureflektert bruk av reelle hensyn-betegnelsen, og tok til orde for «simpelthen ... å argumentere ut fra de begrunnelsene man mener er de beste, og ikke forkle dem som en autoritativ rettskilde på linje med lov eller rettspraksis» (Kinander 2002 s 225 andre avsnitt). Denne argumentasjonen til Kinander er det vel knapt noen som vil si seg uenig i: Det må ubestridelig være en klar svakhet ved bruk av den tvetydige betegnelsen «reelle hensyn» når man mener «rimelighetshensyn», at slik ordbruk vanskeliggjør en *åpen* diskusjon av den vekt rimelighetshensyn og andre moralske hensyn bør tillegges ved rettsavgjørelser, generelt og konkret i den enkelte sak. En slik ordbruk fjerner det rettsteoretisk helt sentrale

spørsmålet om koplinger mellom rett og moral fra den hverdagslige arena hvor rettsavgjørelser treffes.²⁹⁸

Graver 2000 (s 434 flg avsnitt 3.2) hevdet at Eckhoffs forsvar for de reelle hensyn må forstås i sammenheng med hans positive syn på domstolens rettsskapende rolle. I denne sammenheng var ikke Eckhoff spesielt original, hevdet Graver – det var den lange linjen i norsk rettsvitenskap han førte videre. *Graver* 2006 (s 212) reiste spørsmålet om påvirkningen fra de internasjonale traktat- og domstolsordningene ville føre til mindre bruk av reelle hensyn i norsk rettsliv. Tvert imot, hevdet Graver, for spennet mellom pragmatisme og formalisme er også innebygd i disse ordningene, slik at det er opp til norske rettsanvendere å avgjøre om man vil videreføre den tradisjonelle rettsanvendelseskulturen. Det siste synspunktet er jeg svært enig i: man har i norsk rettsvitenskap altfor lenge fastholdt et dogme om at folkeretten er mye mer formell enn vår egen internrett. I virkeligheten er det snarere tvert imot, iallfall når folkeretten betraktes som praktisk virkende rettsordning.

Også *Kjønstad* 2006 (s 378 flg avsnitt 8–9) var opptatt av de reelle hensyns framtid i et internasjonalt rettsliv: for det første er Norge blitt et langt mindre homogent samfunn; for det andre har det vist seg at det er vanskeligere å klarlegge virkningene av en bestemt løsning av en rettsvist; og for det tredje har den juridiske tekstmengden økt kraftig, særlig gjennom tilfanget av EF-rettslige argumenttyper. Dermed så Kjønstad for seg tre samvirkende utviklingstendenser: (a) formaljuridisk metode får mer vind i seilene; (b) alminnelige rettsprinsipper får mer gjennomslagskraft; og (c) de reelle hensynenes betydning minker, fordi de blir konsumert av (b). Det er vanskelig å være spåmann, men jeg tror ikke rimelighetsvurderingenes plass i rettsordningen vil minke dersom Kjønstads spådom slår til.

*

At Eckhoff gjennom bruken av 'reelle hensyn'-begrepet i «Rettskildelære» reklassifiserte moralske argumenter (verdiargumenter) som *utelukkende* systeminterne argumenter, framstår etter mitt syn som konsistent med en grunnleggende ontologisk dimensjon i den skandinaviske rettsrealismen – nemlig at 'gjeldende rett' forstås som summen av alle rettsavgjørelsene fra Høyesterett. Det rettsteoretisk særegne ved Eckhoffs domstolspraksis-beskrivende ideal for det juridiske metodefaget er at han også framhevet at domstolens rettsavgjørelser ofte er basert på verdivalg – som, vil jeg poengtere, altså er moralske valg. Ved så sterkt å understreke at man måtte bøye seg for disse rettsavgjørelsene, bidro Eckhoff likevel til at verdidebat-ten både i det praktiske rettsliv og i rettsvitenskapen ble trengt i bakgrunnen. Utfordringen framover er å bevisstgjøre rettsanvenderne på at deres

²⁹⁸ Kinanders åpenhetsideal er vel ivarettatt (for rettsvitenskapens del) gjennom min egen grunnantakelse om det overordnede forskningsidealet om å utøve verdi- og argumenttransparent forskningsaktivitet, se kapittel 2 avsnitt 2.3 foran.

bruk av betegnelsen «reelle hensyn» i juridisk argumentasjon er en nokså intetsigende betegnelse, og at man derfor gjør klokt i å kalle en spade for en spade. Ofte vil det her være rimelighetshensynene man adresserer, og slike hensyn synes foreløpig ikke å være truet som legitim argumenttype i en internasjonalisert rettshverdag.

(2.5) *Sammenfatning*

Når det gjelder sammenfatningen av redegjørelsen i de ovenstående avsnittene (2.1)–(2.4), viser jeg til avsnitt 3.2.1(7.1.1) ovenfor.

(3) *Dokumentasjon av lovforankrete regler om rimelighetsbedømmelse av forvaltningsavgjørelser, avtaler, oppsigelser, erstatningsutmålinger, mv*

(3.1) *Innledning*

I dette avsnittet skal jeg dokumentere lovforankrete regler om rimelighetsbedømmelse av forvaltningsavgjørelser, avtaler, oppsigelser, erstatningsutmålinger mv. Utvalget av lovbestemmelser er foretatt med utgangspunkt i en kombinasjon av Lovdata-søk og praktisk erfaring som jurist og forsker gjennom noen tiår. Intensjonsdybden har vært tilpasset siktemålet i hovedoverskriften her i avsnitt 3.2.2, nemlig å kartlegge koplinger mellom rett og rimelighet i norsk lovgivning.

Et Lovdata-søk i basen «Lover» som jeg har foretatt brakte for dagen at det per 3.8.2007 fantes 23 lovbestemmelser som inneholdt søketermen «åpenbart urimelig*», og 6 lovbestemmelser som inneholdt søketermen «klart urimelig*».²⁹⁹ Ved å fjerne kvalifiseringsadverbene økte treffene til hele 212 lovbestemmelser som inneholdt søketermen «urimelig*»³⁰⁰, og dessuten fant jeg 4 lovbestemmelser med søketermen «ubillig*». Bare 9 av de 212 treffene gjaldt lovbestemmelser fra før 1945, og kun 23 av dem kan plasseres i typisk offentligrettslige fag, hvorav 12 i Tvisteloven 17.6.2005 nr 90, 3 i Straffeloven 20.5.2005 nr 28³⁰¹, 3 i Straffeprosessloven 22.5.1981 nr 25, 0 i Tvistemålsloven 13.8.1915 nr 6 og 3 i Straffeloven 22.5.1902 nr 10.

²⁹⁹ Derimot fanget Lovdata-søket ikke opp nynorskformen «klårt urimeleg», som brukes i tre bestemmelser i Odelslova 28.6.1974 nr 58.

³⁰⁰ Angivelsen av * i søketermene indikerer at jeg har benyttet opsjonen trunkert søking, dvs at alle bokstavkombinasjoner som kommer etter «urimelig» inkluderes i søket («urimelige», «urimelighet» osv). Treffallene inkluderer også enkelte forekomster av paragrafer hvor samme søketerm går igjen flere ganger.

³⁰¹ Som kjent er det foreløpig bare den alminnelige delen av denne loven som er behandlet av Stortinget.

- Ut fra denne funnprofilen er det grunnlag for den slutning at vår lovgivning aktivt nytter *urimelighet* som materiell (innholdsmessig) skranke for løsning av privatrettslige tvister, mens dette derimot nokså sjelden skjer for løsning av tvister om borgernes rettigheter og plikter overfor myndighetene.

Dette resultatet bør ikke overraske, tatt i betraktning at forvaltningens inngrep i borgernes sfære i utgangspunktet må være lovforankret (jf GrL § 96 og legalitetsprinsippet). I og med at klarhet er et kjerneaspekt i lovhjemelskravet, ville det unektelig framstå som fremmed for vår rettskultur å forankre myndighetsutøvelsen i lovbestemmelser om plikt til å fordele goder og byrder basert på en vurdering av hva som er «rimelig» rett og slett. Til gjengjeld inneholder vår rettsordning uskrevne (domstolskapte) rettsregler om kontroll med myndighetsutøvelsen, hvor kvalifisert urimelighet er en viktig ugyldighetsgrunn – noe jeg kommer tilbake til i avsnitt (4) nedenfor.

De relativt ubetydelige forekomstene av «urimelig*» i offentligrettslig lovgivning fins hovedsakelig i prosesslovgivningen. Et typisk eksempel er bestemmelsen i Tvisteloven 17.6.2005 nr 90 § 16-12(3) om at oppfriskning i andre tilfeller enn de uttrykkelig oppregnede kan skje om det ville «virke urimelig» å nekte parten videre behandling av saken.

Når det gjelder lovbestemmelser om rimelighetsbedømmelse av forvaltningsavgjørelser, er Sivilombudsmannsloven § 10, som gir Sivilombudsmannen kompetanse til å uttale at han anser en forvaltningsavgjørelse for «klart urimelig», den praktisk sett eneste lovbestemmelsen av betydning. Jeg tar for meg bestemmelsen i avsnitt (3.2) nedenfor.

En praktisk viktig – og i media ofte fokusert – lovbestemmelse om overprøvelse på et spesielt saksfelt av rimeligheten til en forvaltningsavgjørelse, er bestemmelsen i Utlendingsloven § 8(2) om «sterke menneskelige hensyn» som grunnlag for å gi arbeids- eller oppholdstillatelse. Denne bestemmelsen antas å oppstille en skjerpet terskel for å gjøre unntak av rimelighetsgrunner til fordel for en utlending fra hovedbestemmelsene om vilkår for oppholds- og arbeidstillatelse. Denne bestemmelsen tar jeg for meg i avsnitt (3.4) nedenfor.

Jeg har valgt ut i alt 15 bestemmelser til nærmere behandling i de følgende underavsnittene, som dokumentasjon av faktiske koplinger mellom rett og rimelighet i norsk lovgivning. Hovedutvalgskriteriene har vært (i) at rimelighetsbedømmelsen er det sentrale regelelementet i vedkommende lovbestemmelse, (ii) at de aktuelle lovbestemmelsene antas å ha relativt stor praktisk betydning og (iii) at et representativt antall rettsområder skal dekkes.

Det er allment kjent at enkelte lovbestemmelser hvor urimeligheten ikke er kvalifisert gjennom adverb som «åpenbart», «klart» eller liknende, i praksis spiller en viktigere rolle enn flere av lovbestemmelsene hvor slike kvalifikasjonsadverb er benyttet. Eksempler på slike bestemmelser er Avtl

§ 36, den alminnelige formuerettslige lempningsbestemmelsen, og videre Husleielovens og Arbeidsmiljølovens oppsigelsesvernbestemmelser, Skadeserstatningsloven § 5-2 om lempning av erstatningsansvar utenfor og i kontrakt og Gjeldsordningslovens § 1-3 om gjeldsordning for skyldnere som ikke kan innfri sine forpliktelser uten urimelig oppofrelse. Disse bestemmelsene er inkludert i utvalget av bestemmelser jeg tar for meg i fortsettelsen.

En betegnelse som «åpenbart urimelig» kan klassifiseres blant termer som i dagligspråklig betydning nødvendiggjør en vurdering, altså er verdibaserte, og derfor av lingvister gjerne kalles «vurderingsadjektiver» (*Vatvedt Fjeld* 1998). Lovspråket er rikt på slike betegnelser, som *Sundby* (1974 s 200 siste avsnitt; s 205 flg) kalte «avveiningsmarkører», og *Eng* 1998 (s 220 flg) kalte «vurderingsanvisninger». Utenom det vurderingsadjektivet som står i fokus her i dette avsnittet – (u)rimelig – har vi bl.a.: «utilbørlig», se f.eks. Friluftsløven 28.6.1957 nr 16 § 1 a;³⁰² «mislig», se f.eks. Boikottloven 5.12.1947 nr 1 § 4;³⁰³ «berettiget», se f.eks. EUs personopplysningsretningslinje art 6(1)(b);³⁰⁴ og «nødvendig», se f.eks. Personopplysningsloven 14.4.2000 nr 31 § 8(1) og § 9(1).³⁰⁵ Det er åpenbart at det foreligger en større eller mindre overlapp mellom den dagligspråklige betydningen av de nevnte betegnelse og betegnelsen «(u)rimelig». I og med at det har vært nok av bestemmelser å velge blant som inneholder termen «urimelig*», har jeg i fortsettelsen likevel valgt *ikke* å gå nærmere inn på noen av lovbestemmelsene som inneholder de nevnte vurderingsadjektivene.

Domstolenes anvendelse av lovbestemmelser som inneholder materielle rimelighetskriterier reiser naturligvis i prinsippet samme type spørsmål om bruk av rimelighet som *argumenttype* som jeg behandlet i avsnitt (2) foran. Dette tolkingsspørsmålet problematiseres ikke særskilt her i avsnitt (3).³⁰⁶

(3.2) Sivilombudsmannsloven § 10 om klar urimelighet som vurderingsgrunnlag for ombudsmannens uttalelser om forvaltningsavgjørelser som pretendere å ha medført urett overfor en person

Etter Sivilombudsmannsloven 22.6.1962 nr 8 § 10(2) tredje setning er ombudsmannen gitt kompetanse til å gi uttrykk for om han mener at en for-

³⁰² Et Lovdata-søk 3.8.2007 i basen «Lover» ga 69 enkelttreff i lovtekster på den trunkerte søketermen <utilbørlig*>. Den trunkerte søketermen <tilbørlig*> ga 63 treff.

³⁰³ Et Lovdata-søk 3.8.2007 i basen «Lover» ga kun 3 enkelttreff i lovtekster på en ikke trunkert form av søketermen <mislig>. Den trunkerte substantivformen <mislighold*> ga 43 treff, og den trunkerte formen <mislig*> fantes i 105 bestemmelser.

³⁰⁴ Et Lovdata-søk 3.8.2007 i basen «Lover» ga 161 enkelttreff i lovtekster på den trunkerte søketermen <berettiget*>. Den trunkerte søketermen <uberettiget*> ga 44 treff.

³⁰⁵ Et Lovdata-søk 3.8.2007 i basen «Lover» ga 1.361 enkelttreff i lovtekster på den trunkerte søketermen <nødvendig*>. Den trunkerte søketermen <unødvendig*> ga 68 treff.

³⁰⁶ Av denne grunn tar jeg ikke opp Markedsføringsloven 16.6.1972 nr 47 § 9 a, bestemmelsen som hjemler adgang for Markedsrådet til å forby avtalevilkår som etter en *generell vurdering* i forhold til forbrukerne virker urimelige, i fortsettelsen, trass i bestemmelsens store praktiske betydning i en forbrukerrettslig sammenheng.

valtningsavgjørelse enten er «ugyldig», «klart urimelig» eller «klart strir mot god forvaltningspraksis». Klar urimelighet har mao fått lovsforankring som ett av tre likestilte vurderingsgrunnlag for denne klageordningen.

Bestemmelsens forhistorie fortjener å løftes fram, idet Justisdepartementet to ganger forsøkte å få Stortinget til å vedta en ombudsmannslov som begrenset Sivilombudsmannens materielle kompetanse til kun å drive lovlighetskontroll med forvaltningen. Dette skjedde trass i at Forvaltningslovutredningen 1958 (s 452 flg) hadde gått inn for at Sivilombudsmannen også skulle kunne uttale seg om feil ved skjønnsutøvelsen, men da bare dersom han «finner avgjørelsen så vidt urimelig at det etter hans mening foreligger en feil fra administrasjonens side» (s 454 første sp andre avsnitt). Etter å ha fått den første lovproposisjonen i retur med et klart hint om at komiteen ønsket seg flere alternative lovutkast, herunder ett som skulle gi Sivilombudsmannen en slik brei kompetanse som Forvaltningslovutredningen 1958 hadde foreslått, fremmet Justisdepartementet i Ot prp nr 18 (1961–62) det opprinnelige forslaget til ombudsmannslov uten å vike en tomme. Lovforslaget gikk følgelig ut på å begrense uttalelseskompetansen (etter § 10) til tilfelle der forvaltningen hadde «gjort feil» eller det var «utvist forsømmelig forhold fra et forvaltningsorgans eller en tjenestemanns side». Samtidig gjorde departementet et stort nummer av at Sivilombudsmannen skulle ha rett til å prøve alle sider av saken, også skjønnsutøvelsen, sjøl om han ikke skulle få lov å uttale seg om denne (s 3 første sp første avsnitt). Utenriks- og konstitusjonskomiteen beit imidlertid ikke på dette, og endret isteden lovforslaget slik at Sivilombudsmannen fikk den kompetansen som han fortsatt har til å uttale seg om en avgjørelse må anses «klart urimelig», se Innst O XV (1961–62 s 3 flg avsnitt IV.a). Dermed førte Justisdepartementets oppdemningsforsøk mot skjerpet kontroll med forvaltningen til at Stortinget ga ombudsmannen større kompetanse i forhold til rimelighetskontroll med forvaltningens avgjørelser enn det Forvaltningslovutredningen 1958 hadde foreslått.

Ombudsmannens praksis viser at kriteriet «klart urimelig» har blitt institusjonalisert som et praktisk virkende element i ombudsmannsordningen. Andelen av klager som årlig realitetsbehandles og hvor karakteristikken «klart urimelig» er blitt benyttet, synes dessverre ikke å inngå i Sivilombudsmannen årsmeldinger for sin virksomhet til Stortinget. Et Lovdata-søk jeg har foretatt indikerer at de tre lovbestemte prøvelsestemaene grovt sett omtales like ofte i det utvalget av saker som er publisert, men ved dette anslaget har jeg ikke foretatt noen systematisk avsilning av de uttalelsene hvor ombudsmannen ikke har funnet grunn til kritikk.

Søket ble foretatt 15.8.2007 i basen over Sivilombudsmannens uttalelser, på trunkerte former av <ugyldig>, <klart urimelig> og <god forvaltningsskikk>³⁰⁷, og ga henholds-

³⁰⁷ Sivilombudsmannen bruker sjelden lovens term «forvaltningspraksis», derfor er «forvaltningsskikk» brukt som søketerm.

vis 387, 259 og 318 treff ved søk i fulltekst, og 66, 89 og 40 funn ved søk bare i sammendraget.

(3.3) *Skattelovgivningens bestemmelser om nedsettelse og ettergivelse av skatt av billighetsgrunner*

Skattebetalingsloven 21.11.1952 nr 2 kapittel VII og Ligningsloven 13.6.1980 nr 24 § 9-12 gir forvaltningen kompetanse til å nedsette eller helt ettergi utliknet skatt, dersom det vil virke «særlig ubillig» eller «uforholdsmessig trykkende» å fastholde denne. Disse bestemmelsene har en viss praktisk betydning, ikke som gjeldsettergivelsesregler (med gamle røtter), jf ellers avsnitt (3.9) nedenfor om den generelle Gjeldsordningsloven.³⁰⁸ Det er først og fremst ved dødsfall, særlig alvorlig eller langvarig sykdom og varig invaliditet at disse reglene kan påberopes, se Sktbl § 41(1). Det kan synes som om denne lovhjemlete nedsettelses- og ettergivelsesadgangen så godt som fullstendig har fjernet domstolenes vilje til å foreta innskrenkende tolkning av skattehemler med hjemmel i den ulovfestete rimelighetsregelen («Mortvedt-formelen»), som jeg behandler i avsnitt (4.2) nedenfor.

Motsatt synes domstolene ikke å ha vært uvillige til å nytte lovfestede eller ulovfestede gjennomskjæringsregler for å opprettholde skattetrykket – se som et tidlig eksempel Forenede Papirfabrikker-dommen, Rt 1927 s 821, omtalt nærmere i avsnitt (2.3) foran.

(3.4) *Utlendingsloven § 8(2) om «sterke menneskelige hensyn» som grunnlag for arbeids- eller oppholdstillatelse*

Etter utlendingsloven 24.6.1988 nr 64 § 8(2) kan arbeids- eller oppholdstillatelse gis uten at de ordinære vilkår er oppfylt, dersom «sterke menneskelige hensyn» tilsier det. Tvister om utlendingsmyndighetenes svært restriktive anvendelse av denne bestemmelsen har vært en gjenganger i offentligheten³⁰⁹, og i ganske stor utstrekning også for norske domstoler, gjennom flere år.

³⁰⁸ Ved ikrafttreddelsen 1.1.2009 av Skattebetalingsloven 17.6.2005 nr 67 blir termen «ubillig» i Lignl § 9-12 endret til «urimelig», uten at noen realitetsendring ellers synes tilsiktet i disse reglene.

³⁰⁹ Jf f.eks. den opphetete striden om Utlendingsdirektoratets (UDIs) praktisering i 2005–2006 av Midlertidig forskrift 24.2.2005 nr 165 om irakere som tidligere har hatt midlertidig og begrenset arbeidstillatelse i Norge, den såkalte MUF-forskriften, en forskrift som ga nærmere retningslinjer for praktiseringen av kriteriet «sterke menneskelige hensyn» i Utlendl § 8(2) for en gruppe flyktninger fra Irak. Trass i at Justisdepartementets lovavdeling i en tolkingsuttalelse av 21.3.2006 (ref 2006/02290) overfor Arbeids- og inkluderingsdepartementet hadde konkludert med at UDIs vedtak i medhold av denne forskriften for et hundretall irakiske flyktninger lovmessig var helt OK (en konklusjon som etter min mening er holdbar), rettet et granskingsutvalg under ledelse av Hans Petter Graver i sin delrapport 22.5.2006 (del 1 i NOU 2006: 14 Gransking av Utlendingsdirektoratet) skarp kritikk mot UDI. Som følge av denne rapporten trakk UDI-direktør Manuela Ramin-Osmundsen seg fra stilling-

Av NOU 1983: 47 Ny fremmedlov s 321–22, spesialmotivene til den foreslåtte § 12 hvor formuleringen «særlig sterke menneskelige hensyn» var inntatt, framkom det at dette kriteriet ble praktisert allerede i medhold av den dagjeldende loven, Fremmedloven 27.7.1956. Det ble uttalt at det ikke var meningen at lovfesting skulle innebære noen «forandring av betydning av gjeldende rett» (s 322 første spalte siste avsnitt). Jus-
tisdepartementet, som i Ot prp nr 46 (1986–87) strøk kvalifiseringsadverbet «særlig» fra den foreslåtte lovbestemmelsen, viste ellers til at bestemmelsen var ment å fange opp tilfellene som etter praksis ble kategorisert som opphold av «humanitære grunner» (s 195 andre spalte nest siste avsnitt).

Kriteriet «sterke menneskelige hensyn» er åpenbart ikke bare et rettslig, men også et moralsk kriterium. Fra en rettslig synsvinkel synes det mest sentrale tolkingsspørsmålet å være om kriteriet kan betraktes som en *innstramming* av det jeg med utgangspunkt i Rt 1951 s 19 kaller «Mortvedtformelen» for underkjenning av urimelige forvaltningsavgjørelser, se nærmere om denne i avsnitt (4.2) nedenfor.

Den mest sentrale rettsavgjørelsen i denne sammenheng synes å være «bortfall av bosettingstillatelse»-dommen, Rt 1997 s 1784, hvor vedkommende utlending subsidiært hadde påberopt seg rettsgrunnlaget «sterke menneskelige hensyn» i Utlendl § 8(2). Riktignok ble dette oppholdsgrunnlaget påberopt indirekte: prosessfullmektigen hadde påberopt at utlendingsmyndighetenes *vedtak om å avslå* søknaden om oppholdstillatelse ut fra «sterke menneskelige hensyn» måtte tilsidesettes som «grovt urimelig».³¹⁰

Et flertall på tre dommere³¹¹ gikk imidlertid rett på sak når det gjaldt prøvingsretts spørsmålet, og ga uten forbehold uttrykk for det rettssyn at

«... avgjørelsen av en søknad om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag³¹² ligger innenfor forvaltningens frie skjønn og er i utgangspunktet unndratt domstolens prøvingsrett. ...» (s 1795 andre avsnitt.).

Den domstolsprøvelsen som ifølge flertallet gjensto, var vanlig basiskontroll i fritt skjønn-saker: å forvisse seg om at avgjørelsen bygde på et ikke uriktig eller mangelfullt faktagrunnlag, og ikke resultatmessig var «grovt» urimelig (s 1795 andre avsnitt). Slik flertallet her ordla seg, ville utfallet neppe blitt annerledes, dersom prosessfullmektigen isteden hadde anført at kriteriet «sterke menneskelige hensyn» var blitt anvendt i strid med loven.³¹³

en sin, fordi hun som nestkommanderende for tidligere UDI-direktør Trygve Nordby hadde medansvar for at UDI praktiserte lovverket mer liberalt enn hva daværende minister Erna Solberg – og hennes etterfølger Bjarne Håkon Hansen – ønsket.

³¹⁰ Rt 1997 s 1784 på s 1787 siste avsnitt og s 1795 andre avsnitt.

³¹¹ Førstvoterende dommer Rieber-Mohn, med tilslutning fra dommerne Schei og Holmøy.

³¹² Betegnelsen «på humanitært grunnlag» er en vanlig samlebetegnelse for begge alternativene som er omfattet av Utlendl § 8(2): «sterke menneskelige hensyn» og «særlig tilknytning til riket».

³¹³ Dersom prosessfullmektigen hadde lagt opp saken slik, ville derimot flertallet ha måttet gå inn på et tredje – og ofte avgjørende – område for prøvingsretten, som ikke var tatt med i den nå gjengitte passusen fra domspremissene, nemlig prøvingen av om skjønnsutøvelsen bygger på en korrekt forståelse av de relevante lov hensyn. Jeg går nærmere inn på denne dommen i avsnitt (4.2.2) nedenfor.

Mindretallet³¹⁴ ville løse tvisten i favør av vedkommende utlending på det grunnlag at han ikke hadde tatt opphold i utlandet i bosettingshensikt, og dermed etter mindretallets tolkning av Utlendl § 12(4) ikke hadde mistet bopelstilknytning til Norge gjennom sitt midlertidige opphold i utlandet. Mindretallet tok dermed ikke opp kriteriet «sterke menneskelige hensyn» i det hele tatt.

Med denne dommen kan det synes å være etablert en praksis fra Høyesterett med vegring mot å anvende samme kontrollintensitet i saker om skjønnskriteriet «sterke menneskelige hensyn» i Utlendl § 8(2) som i saker ellers om urimeligheten av forvaltningsavgjørelser. To forhold styrker en slik antakelse:

(i) Dommerflertallet brukte kvalifiseringsadverbet «grovt» urimelig for å vise til innholdet i Mortvedt-formelen, en språkbruk som ligger i «høyterskel»-området av de varierende uttrykksmåtene som har blitt brukt av Høyesterett om Mortvedt-formelen opp gjennom årene. Betegnelsen «grovt urimelig» er leksikalsk utvilsomt en sterkere uttrykksmåte enn «åpenbart urimelig», som er den betegnelsen Høyesterett langt oftest har nyttet i forbindelse med praktiseringen av den domstolskapte regelen om kontroll med forvaltningsavgjørelses rimelighet.³¹⁵

(ii) I løpet av de om lag 10 år som nå har gått, har det ikke blitt sluppet fram én eneste ny sak³¹⁶ til fornyet vurdering av om 3–2-avgjørelsen i Rt 1997 s 1784 fortsatt er representativ for Høyesteretts syn på prøvelsesintensiteten i saker om opphold på rettsgrunnlaget «sterke menneskelige hensyn» i Utlendl § 8(2).³¹⁷

To tilgrensende utlendingsrettslige saker fortjener likevel å omtales i denne forbindelse: utvisning av straffedømt-dommen, Rt 1998 s 1795, og forholdsmessighetsvurderingsdommen, Rt 2000 s 591 (dissens 3–2 og 4–1). Begge dommene gjaldt lovligheten av utvisningsvedtak etter Utlendl § 30(2)(b) mot utlendinger med bosettingstillatelse i riket. Blant retts-spørsmålene i fokus er det i første rekke Høyesteretts syn på prøvelsesintensiteten i forhold til forholdsmessighetsvurderingen av utvisning etter Utlendl § 30(3), jf EMK art 8, som interesserer her. I begge dommene ble det uttalt at spørsmålet om forholdsmessigheten av et utvisningsvedtak etter denne lovbestemmelsen er et rettsanvendelsesskjønn som domstolene kunne prøve fullt ut.³¹⁸ I sistnevnte dom tok flertallet på fire dommere dessuten

³¹⁴ Dommerne Matningsdal og Skåre.

³¹⁵ Mer om dette i avsnitt (4.2) nedenfor.

³¹⁶ Den 20. mai 2008, i Rt 2008 s 681, kom det omsider en slik avgjørelse, denne gang enstemmig, hvor førstvoterende dommer Stang Lund, med tilslutning fra dommerne Bruzelius, Endresen, Stabel og Lund, fastholdt standpunktet om at utlendingsmyndighetenes vurderinger etter kriteriet «sterke menneskelige hensyn» i Utlendl § 8(2) ikke kan overprøves av domstolene.

³¹⁷ Det foreligger ellers én avgjørelse fra Kjæremålsutvalget, Rt 2003 s 1287, hvor dommerne Gjølstad, Skoghøy og justitiarius Schei uttalte at standpunktet i Rt 1997 s 1784 om at saker om opphold på humanitært grunnlag var underlagt forvaltningens fire skjønn, var «riktig», se avsnitt 24–26.

³¹⁸ Se Rt 1998 s 1795 på s 1802 siste avsnitt flg, særlig s 1803 tredje avsnitt, hvor førstvoterende dommer Skoghøy uttalte at «[e]tter min oppfatning taler de beste grunner for å anse den forholdsmessighetsvurdering som [Utlendl §§ 29(2) og 30(3)] gir anvisning på, som et rettsanvendelsesskjønn som

avstand fra statens anførsel om at domstolene ved forholdsmessighetsprøvingen måtte gi forvaltningen samme skjønnsmargin («margin of appreciation») som EMD praktiserer ved overprøvingen av statenes etterlevelse av EMK.³¹⁹

Disse dommene kan – og bør etter min mening – tas til inntekt for det syn at Høyesterett etter en del vankelmodighet har bestemt seg for å skjerpe kontrollen med forvaltningsavgjørelser på det utlendingsrettslige feltet generelt. Det rettsyn om prøvelsesretten som framkom i Rt 2000 s 591 har for øvrig fått enstemmig tilslutning i Rt 2007 s 667 avsnitt 26.³²⁰ Men det kan nok fortsatt hevdes at saker om anvendelse av forholdsmessighetsregelen skiller seg ut i forhold saker om sterke menneskelige hensyn, dvs at sistnevnte tilfellegruppe er en restkategori hvor domstolene ikke bør prøve gå inn i realiteten i samme utstrekning.

Det er alt i alt påtakelig at kriteriet «sterke menneskelige hensyn», som det kunne ha vært nærliggende å betrakte som en *konkretisering* av hva en avgjørelse av spørsmålet om arbeids- og oppholdstillatelse må ta hensyn til for ikke å bli regnet som «urimelig», i praksis, dvs med domstolenes vel-signelse, har fungert som hjemmel for mer tilbakeholdenhet når det gjelder tilsidesetting av forvaltningsavgjørelser pga urimelighet på dette forvaltningsområdet enn ellers i forvaltningsretten. På dette rettsområdet har for øvrig norske domstoler dessverre hatt årelang drahjelp fra en ofte nedslående rettspraksis ved Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) om konvensjonsforenligheten i forhold til art 8 av vedtak om oppholdsnektelse eller utvisning.³²¹

Et illustrerende eksempel på restriktiv anvendelse av kriteriet «sterke menneskelige hensyn» i utlendingsretten er bestemmelsen i Utlendl § 28 c, tilføyd ved Lov 13.6.2005 nr 26, som hevet terskelen for Utlendingsnemndas (UNEs) kompetanse til å omgjøre klagevedtak til gunst for utlendinger til situasjoner der «*særlig* sterke menneskelige hensyn» (min kursivering) tilsier det. Bestemmelsen ble vedtatt etter forslag fra Bondevik II-regjeringen for å skjerme UNE mot omgjøringsanmodninger, som ifølge opplysninger i 2006 visstnok gjaldt 36 % av alle UNE-avgjørelser.

domstolene kan prøve fullt ut». Se videre Rt 2000 s 591 på s 596 andre avsnitt. I Rt 1995 s 72 hadde en enstemmig rett uttalt det motsatte. Dommen ble fraveket allerede i Rt 1996 s 551 (på s 556 siste avsnitt flg), et poeng som *Uggerud* 1996 (s 88) har framhevet, ved at dommerne uttalte at en overprøving av utvisningsvedtak i forhold til EMK art 8 «ikke ville skille seg vesentlig fra en eventuell prøvelse av den konkrete rettsanvendelse etter» Utlendl § 30(3).

³¹⁹ Se Rt 2000 s 591 på s 596 tredje avsnitt flg. Spørsmålet om forvaltningen skal tilstå et slingsringsmonn ved domstolsprøvelsen av EMK-forenligheten kommer jeg tilbake til i avsnitt 3.3.1(9.2) nedenfor.

³²⁰ Førstvoterende dommer Flock, med tilslutning fra dommerne Utgård, Bruzelius, Stang Lund og Gussgard.

³²¹ EMD har for det første lagt seg på den praksis at slike avgjørelser ikke kan prøves i forhold til «civil rights»-kriteriet i art 6 – her har mao det folkerettslige statssuverenitetsdogmet hatt en oppsiktsvekkende og elendig rettspolitisk fundert «overlevelsensnasje» i alle år. For det andre har EMD stort sett akseptert statenes høye terskler for hva som regnes som krenkelse av retten til respekt for privat- eller familieliv. I de seinere åra har imidlertid FNs Barnekonvensjon med større og større hell vært trukket inn som supplerende moment i slike tvister.

Denne bestemmelsen er blitt opphevet ved Lov 1.6.2007 nr 18 (mot stemmene til H og Frp), etter at Stoltenberg II-regjeringen i henhold til Soria Moria-erklæringen fremmet forslag om det i Ot prp nr 40 (2006–2007), særlig under hensyn til å bedre vilkårene for barn som hadde fått tilknytning til riket i ventetida på avgjørelse av sak om oppholdstillatelse. Men komitéflertallet understreket likevel i sine merknader at «omgjøring fortsatt [skal] være et ekstraordinært middel til bruk i unntakstilfeller» (Innst O nr 60 2006–2007 s 2 første sp siste avsnitt).

Bestemmelsen i Utlendl § 8(2) om «sterke menneskelige hensyn» er i Ot prp nr 75 (2006–2007) om ny utlendingslov, framlagt 29.6.2007, foreslått videreført i utkastet § 38, hovedsakelig med samme innhold som etter gjeldende rett, men med flere klargjøringer av skjønnstemaene som er aktuelle.³²² I NOU 2004: 20 var dette skjønnskriteriet blitt foreslått erstattet med «sterke rimelighetsgrunner», men Arbeids- og inkluderingsdepartementet så ingen overveiende grunner til å gå bort fra den innarbeidete betegnelsen.

(3.5) *Sosialtjenesteloven § 8-7 om begrensning av klageorganets overprøvelseskompetanse til saker hvor den frie skjønnsutøvelsen har vært åpenbart urimelig*

Sosialtjenesteloven 13.12.1991 nr 81 § 8-7(1) begrenser fylkesmannens overprøvingskompetanse i klagesaker over sosialtjenestens (nå NAVs) bruk av «det frie skjønn» i forbindelse med tildeling av stønad til livsopphold mv. Slike vedtak kan bare omgjøres etter klage hvis skjønnet har vært «åpenbart urimelig». Den innskrenkede klageretten er en overlevering fra den tidligere Lov 15.6.1964 nr 2 om sosial omsorg § 18. Grunnen til at denne begrensningen ikke ble fjernet i forbindelse med vedtakelsen av Forvaltningsloven, og seinere med stort flertall³²³ har blitt tatt uendret inn i den gjeldende loven, trass i kraftig kritikk fra Jan Fridthjof Bernt og sosialrettsmiljøet ellers gjennom flere tiår³²⁴, er – offisielt – hensynet til det kommunale sjølstyret, se Ot prp nr 29 (1990–91)³²⁵ og Innst O nr 42 (1991–92).³²⁶

I sammenhengen her er det ikke denne rettssikkerhetskrenkende begrensningen i den alminnelige ordning med klageorganets uinnskrenkede overprøvingskompetanse etter Fvl § 34 som er i fokus, men derimot sjølve klagekriteriet, «åpenbart urimelig». Dette kriteriet kom nok ganske sik-

³²² Se drøftelsen i proposisjonen kapittel 7, s 145 flg.

³²³ Bare Fremskrittspartiet stemte imot – partiet ville ha statlig ansvar for sosialstønad, og vanlige klageeregler etter Forvaltningsloven!

³²⁴ Se (m/videre henvisninger) *Kjellevold* 2007; *Bernt* 1984b; *Kr. Andenæs* 1992 (kapittel 7, særlig avsnitt 7.3.6; og avsnitt 9.1.1); *Syse* 1995 (s 516 flg avsnitt 14.6.4); *Kjønstad og Syse* 1997 (s 166–69); og *Kjønstad* 2003.

³²⁵ Se s 123–27, særlig s 125 første sp nestsiste avsnitt.

³²⁶ Se s 42 andre sp fjerdesiste avsnitt.

kert³²⁷ inn i Sosialomsorgsloven 1964 som følge av Mortvedt-dommen, Rt 1951 s 19, og innebar dermed en tilpasning til den grensen for domstolenes adgang til å overprøve forvaltningsavgjørelser som ble trukket i denne dommen (se nærmere om dommen i avsnitt (4.2) nedenfor).

Denne høye lovfastsatte terskelen for tilsidesettelse av et forvaltnings-skjønn gjennom *klagebehandling* rammer noen av de svakest stilte menneskene her i landet ekstra tungt. Om denne bestemmelsen også bør tolkes slik at den legger tilleggsbegrensninger på domstolenes alminnelige adgang til overprøving av forvaltningsvedtak, ut over det som følger av domstolspraksis til enhver tid, vil det vel være delte meninger om. I Fusa-dommen, Rt 1990 s 874, som jeg går nærmere inn på i avsnitt (4.5) nedenfor, la en enstemmig rett uten større grunngeving til grunn at domstolene hadde full overprøvelsesadgang i forhold til «lovens krav med hensyn til omfanget av ytelser» (Rt 1990 s 874 på s 888 tredje avsnitt), både i forhold til den tidligere Sosialomsorgsloven 1964 § 3 og Kommunehelsetjenesteloven 19.11.1982 nr 66 § 2-1. Min oppfatning er at domstolene bør fastholde en slik linje, og ikke vise noen større tilbakeholdenhet i overprøvingsintensiteten i disse sakene enn på andre felter av forvaltningsretten. Inkorporeringen av ØSK i norsk rett gjennom Menneskerettsloven 1999 tilsier tvert imot at domstolsprøvingen skjerpes snarere enn svekkes, for å unngå at de menneskerettslige minimumsstandardene ikke blir underminert.

(3.6) *Arbeidsmiljølovens bestemmelser om beskyttelse mot oppsigelse og avskjed i arbeidsforhold*

Flere bestemmelser i Arbeidsmiljøloven 17.6.2005 nr 62 kapittel 15 om opphør av arbeidsforhold, som i utgangspunktet lar det være avgjørende for en oppsigelses rettmessighet at den er saklig, og for en avskjeds rettmessighet at det foreligger et grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold, inneholder formuleringer hvor rimelighetsvurderinger gis sentral betydning. Et eksempel er Aml § 15-12(1), som bestemmer at det må være «åpenbart urimelig» dersom en oppsagt arbeidstaker som har fått rettens medhold i at oppsigelsen var usaklig, ikke skal få beholde arbeidet. For avskjedssituasjoner bestemmer Aml § 15-14(3) tilsvarende at en urettmessig avskjediget kan avspises med dom om arbeidsforholdets opphør, dersom retten etter påstand fra arbeidsgiveren og etter en avveining av partenes interesser finner at det vil være «åpenbart urimelig» at arbeidsforholdet fortsetter.

Begge disse bestemmelsene, som viderefører tilsvarende bestemmelser i Arbeidsmiljøloven 4.2.1977 nr 4, legger ubestridelig – jf bruken av kvalifiseringsadverbet «åpenbart» – høye terskler for å fravike den løsningen som

³²⁷ I Ot prp nr 56 (1962–63) s 52 var det ingen henvisning til denne dommen, men i Fusa-dommen, Rt 1990 s 874 på s 886 siste avsnitt flg, snuste førstvoterende dommer Holmøy seg likevel fram til en slik slutning om sammenhengen.

ivaretar arbeidstakerinteressene i oppsigelses- og avskjedssituasjoner. Etter rettspraksis skal det mye til for at en avskjediget ikke skal få igjen arbeidet, dersom avskjedigelsen anses urettmessig, se f.eks. barkeeper-dommen, Rt 1988 s 959 på s 967 tredje avsnitt flg.

Aml § 15-11(2) inneholder en liknende bestemmelse som gjør unntak fra retten til å fortsette i stillingen mens tvist om en oppsigelse verserer, men her er det tilstrekkelig at retten etter krav om fratreden finner det «urimelig» at arbeidsforholdet opprettholdes under sakens behandling. Også denne bestemmelsen viderefører en tilsvarende bestemmelse som fantes i Arbeidsmiljøloven 1977.

(3.7) *Plan- og bygningsloven § 47 om bruk av annen måleenhet enn areal for å hindre en klart urimelig fordeling ved refusjon for opparbeiding av offentlig vei mv*

Plan- og bygningsloven 14.6.1985 nr 77 § 47 bestemmer at en privat utbyggers refusjonskrav mot ubebygde eiendommers eiere for utgifter til opparbeidelse av offentlig vei eller offentlig anlegg for vann og avløp kan fastsettes etter annen måleenhet enn tomtearealet, dersom «terrengforholdene eller skifte av strøkets karakter langs strekningen eller andre særlige omstendigheter tilsier det ... når det finnes påkrevd for å hindre en *klart urimelig* fordeling av utgiftene mellom de eiendommer som berøres av tiltaket» (kursivert her). Refusjonskravet er etter § 50(2) begrenset til den verdiøkning som tiltaket antas å føre med seg for eiendommen. De någjeldende bestemmelsene kom inn i loven ved endringslov 20.6.1986 nr 37, og synes å ha medført få tvister – iallfall er bestemmelsen ikke påberopt i domspraksis tilgjengelig hos Lovdata.³²⁸ Bruken av kvalifiseringsadverbet «klart» har utvilsomt bidratt til denne prosessstørken.

En tilsvarende bestemmelse i Bygningsloven 22.2.1924 § 46 har det imidlertid stått strid om, bl.a. i Rt 1934 s 997 (plenum, dissens 14–7), hvor flertallet la til grunn at refusjonsbestemmelsen som den gang ikke inneholdt noen uttrykkelig begrensning av refusjonsplikten oppad til et beløp svarende til verdiøkningen av veitiltaket, måtte tolkes innskrenkende. Avgjørende støtte for dette standpunktet fant flertallet dels i at en slik innskrenkende tolkning brakte bestemmelsen i overensstemmelse med tidligere lovgivning som det ikke var holdepunkter for å tro at Stortinget hadde ønsket å endre, dels at et annet resultat ville virke urimelig. Dommen er nokså utførlig kommentert i *Eckhoff* 1971b (s 82–83³²⁹), som ledd i hans redegjørelse for betydningen av lovers forarbeider og forhistorie.

³²⁸ Lovdata-søk foretatt 12.8.8007, samtlige domsinstanser.

³²⁹ Overveiende likedan i *Eckhoff* 1987a (s 79–80); og *Eckhoff* 1993 (s 78–79); uendret i *Eckhoff og Helgesen* 2001 (s 93–94).

(3.8) Pristiltaksloven § 2 om forbud mot urimelige priser eller forretningsvilkår

Pristiltaksloven 11.6.1993 nr 66 § 2 setter forbud mot urimelige priser eller forretningsvilkår, og er en direkte fortsettelse av Prisloven 26.6.1953 nr 4 § 18, i sin tid den mest sentrale lovbestemmelsen om sensur av urimelige priser. Pga lempningsbestemmelsen i Avtl § 36 har denne bestemmelsen ikke på langt nær samme betydning som Prisloven § 18 tidligere hadde. *Hov* 2002 (s 222 flg) har – under overskriften «Har pristiltakslovens § 2 noen fremtid?» – gitt uttrykk for at et slikt «hjemmelsoverskudd» for sensur av urimelige avtaler snarere har brakt forvirring enn avklaring, men medga samtidig at Høyesterett i Rt 1996 s 407 hadde sett annerledes på dette spørsmålet.

Særlovgivningen synes uansett å spille langt større betydning enn Pristiltaksloven § 2. Se f.eks. Tomtefesteloven 20.12.1996 nr 106 § 11.

(3.9) Gjeldsordningsloven § 1-3(1) om gjeldslette mv bl.a. når skyldneren ikke uten urimelig oppofrelse kan innfri sine forpliktelser fullt ut

Etter Gjeldsordningsloven 17.7.1992 nr 99 § 1-3(1) kan en skyldner oppnå gjeldsordning, frivillig eller tvungen, med sine kreditorer når han enten ikke er i stand til å innfri sine forpliktelser fullt ut (i) «innenfor et for skyldneren rimelig tidsrom», eller (ii) ikke «uten urimelig oppofrelse» kan innfri sine forpliktelser fullt ut. Gjeldsordningen kan, jf § 4-2 flg, omfatte nært sagt hele registeret av mulige tiltak – fra minimumstiltak som utsettelse med betaling, til full gjeldsettergivelse. Lovformålet er det man kan kalle velferdspolitisk, jf § 1-1 første setning om å «gi personer med alvorlige gjeldsproblemer en mulighet til å få kontroll over sin økonomi». Loven gjelder bare for fysiske personer, og i utgangspunktet faller næringsdrivende utenfor lovens rekkevidde, se Gol § 1-2.

Åpning av gjeldsforhandling skal etter § 1-4(1) nektes skyldneren dersom omstendighetene tyder på at denne på «en illojal måte» har innrettet seg med sikte på å oppnå gjeldsordning. Åpning av gjeldsforhandling skal etter § 1-4(2) også nektes dersom gjeldsforhandling «åpenbart vil virke støtende for andre skyldnere eller samfunnet for øvrig». I denne bestemmelsens bokstav a) til e) er det gitt eksempler på hva som vil kunne virke støtende.

Om konteksten for anvendelsen av de to rimelighetskriteriene i § 1-3(1) har Ernst Moe skrevet følgende i Norsk Lovkommentar:

«... Det avgjørende er om gjeldsforpliktelsene er blitt et så alvorlig problem for skyldneren at han ikke kan gjenvinne kontrollen over sin økonomi uten en gjeldsord-

ning. «Det er viktig å kunne gi privatpersoner i gjeldskrise en mulighet til å starte opp på nytt.» Innst O nr 90 (1991–92) s 6.» (Moe 2007 note 16.)

Og om rimelighetsbedømmelsen etter alternativ (i) foran skreiv Moe følgende:

«... Det kan være grunn til å legge vekt på skyldnerens personlige forhold, alder, yrkestilknytning, utdanning, familiesituasjon, eventuell formue, om skyldneren er i en økonomisk stabil eller ustabil inntektssituasjon med fulltid eller deltidsstilling og om forpliktelsene er kortsiktige eller langsiktige. Se Ot prp nr 99 (2001–2002) s 20 og Innst O nr 15 (2002–2003) s 7. ...» (Moe 2007 note 21.)

Om rimelighetsbedømmelsen etter alternativ (ii) foran framhevet Moe bl.a. at «[s]ykdom, uførhet og høy alder er grunner som kan tilsi at det vil være en urimelig oppofrelse om skyldneren skal slite med alvorlige betalingsproblemer over flere år» (Moe 2007 note 24), at «[h]ensynet til skyldnerens familie og andre sosiale grunner, så som omsorgen for små barn, kan i noen tilfeller tilsi at de økonomiske belastningene vil være en “urimelig oppofrelse»” (samme sted), og at «[d]e sosiale hensyn må veies opp mot kreditorernes interesse i å få dekning for kravene sine» (samme sted).

Gol § 1-3(1) gir gode illustrasjoner på bruk av lovfastsatte kriterier for utarbeiding av konkret rimelige løsninger på fysiske personers gjeldsproblemer, og på at dette kan skje på en enklere og klart billigere måte enn ved regulær gjeldsforhandling eller konkursbehandling etter Konkursloven 8.6.1984 nr 58.

(3.10) *Avtaleloven § 36 om lempning av urimelige avtalevilkår*

Avtaleloven 31.5.1918 nr 4 § 36, tilføyd ved lov 4.3.1983 nr 4, gir domstolene kompetanse til helt eller delvis å sette til side eller endre en avtale bl.a. «for så vidt det ville virke urimelig å gjøre den gjeldende». Bestemmelsen, som ikke setter saklige (materielle) grenser for de punkter i en avtale som kan settes til side eller endres, er ikke bare vår viktigste formuerettslige generalklausul (hovedbestemmelse)³³⁰ om lempning av urimelige avtalevilkår – den er i det hele tatt en sentral lovbestemmelse om moralsk sensur av avtalefriheten. Mens den øvrige avtalerettslige lovgivningen, fra NL 5-1-2 via Avtalelovens ugyldighetsbestemmelser til de forbrukerrettslige bestemmelsene om angrefrister, hovedsakelig sensurerte avtalefriheten pga tilblivelles- eller innholdsmangler, er det – jf lovgjengivelsen foran – de virkningsorienterte vurderingene som står i fokus ved praktiseringen av Avtl § 36. Lempningsregelen i Avtl § 36 etablerer sammen med det ulovfestete prinsippet om lojalitetsplikt i kontraktsforhold³³¹ et omfattende rimelighetssen-

³³⁰ Om bruken av termen «generalklausul», se Knoph 1939 (s 3 tredje avsnitt m/henvisninger til tysk rett), Bergsåker 1980 (s 133 andre avsnitt) og Sæbø 1996 (s 313 første avsnitt m/petitavsnittet).

³³¹ Se den nærmere omtalen av prinsippet i avsnitt 3.2.1(7.2.6) ovenfor.

surregime av avtalefriheten. *Simonsen* 1997 (s 158 første avsnitt) har kontrastert de to regelverkene ved å karakterisere bedømmelsestemaet i forhold til Avtl § 36 som «resultaturimelighet» og i forhold til det ulovfestede lojalitetsprinsippet som «atferdsurimelighet». Lempningsregelen i Avtl § 36 kan innplasseres i en århundrelang lovgivningstradisjon i Norge³³² med å modifisere en (ekstremt) liberalistisk forståelse av denne grunnleggende frihetsrettigheten i kapitalistiske samfunn.³³³

Lempningsregelen i Avtl § 36 innebærer dermed en rettslig grenseoppgang mot den ekstremt liberalistiske moralfilosofi og politiske filosofi som nordamerikaneren Robert Nozick (1938–2002) så kraftfullt hadde tatt til orde for, især i «Anarchy, State and Utopia» (1974).

Under lovforberedelsen hadde både spørsmålet om kvalifisering og konkretisering av urimelighetsvilkåret i Avtl § 36 stått sentralt. Justisdepartementet gikk i sin argumentasjon klart imot å kvalifisere den urimelighet som måtte foreligge for at domstolene skulle kunne lempe et avtalevilkår. Dette synet framkom trass i føringene i slik retning fra rettspraksis og juridisk litteratur om tilsidesettelse av forvaltningens avgjørelser pga urimelighet – basert på Mortvedt-dommen, Rt 1951 s 19.³³⁴ Standardkontraktutvalget (ledet av daværende ekspedisjonssjef Lars Oftedal Broch), som utarbeidet utkastet til den formuerettslige lempningsbestemmelsen, hadde gitt uttrykk for den vurdering at

«... i praksis vil det vanskelig kunne trekkes noe klart skille mellom det som er “utilbørlig”, “åpenbart urimelig” og “urimelig”. Det som bør vurderes er om et vilkår er så urimelig at det bør tilsidesettes.» (NOU 1979: 32 på s 54 andre spalte nest siste avsnitt.)

Etter å ha gitt sin tilslutning til dette standpunktet og presentert høringsinstansenes vekslende kommentarer til utformingen av lovbestemmelsen, sammenfattet departementet i proposisjonen sitt eget syn slik:

«... Til sjuende og sist bør det avgjørende være om vilkåret i det konkrete tilfelle er så urimelig at dommeren ikke finner å kunne opprettholde det uforandret. Denne vurderingen foretas best av dommeren i tilknytning til det konkrete tilfellet, og et forsøk på å kvalifisere urimelighetsgraden i lovteksten har egentlig lite for seg. ... “Urimelig” må oppfattes som i seg selv et ganske strengt kriterium, som det ikke vil være kulant å påberope. En formulering om “klart” urimelig i selve lovteksten, vil imidlertid lett virke som et ytterligere krav om kvalifisert urimelighet (ikke bare om tydelig eller utvilsom

³³² Se nærmere NOU 1979: 32 på s 37 første avsnitt, som trekker opp de tydelige linjene for så vidt helt fra ordlyden i NL 5-1-2, med dens velkjente «mot ærbarhet»-klausul, til begrunnelsen som ble gitt for ugyldighetsreglene i utredningen til Avtaleloven 1918 på s 18. Det er ellers grunn til å framheve at to «borgerlige» regjeringer sto bak lempningsbestemmelsen i Avtl § 36 – regjeringen Borten tok (22.1.1971) initiativet til å utrede bestemmelsen, og Willochs første regjering fremmet bestemmelsen (3.9.1982).

³³³ Til kontrast anslo Bondevik II-regjeringen i lovproposisjonen til Forbrukerkjøpsloven 21.6.2002 nr 34, Ot prp nr 44 (2001–2002) på s 163–64, klart liberalistiske strenger, gjennom avvisningen av Forbrukerrådets forslag om å lovfeste et forbud mot at kravet til «alminnelig god vare» kan fravikes til forbrukerkjøpers ugunst ved avtale etter Fkjl § 15(1).

³³⁴ Nærmere herom i avsnitt 3.2.2(4.2) nedenfor.

urimelighet), som man altså ikke finner ønskelig.» (Ot prp nr 5 1982–83 s 30 andre spalte nestsiste avsnitt.)

Det er verdt å merke seg at termen «så urimelig» i begge disse sitatene, som utvilsomt må regnes som en kvalifiserende term i forhold til termen «urimelig» rett og slett, er den samme termen som Høyesterett nyttet i Mortvedt-dommen, Rt 1951 s 19, som jeg tar opp i avsnitt (4.2) nedenfor. Uvisst av hvilken grunn lot imidlertid Justisdepartementet være å knytte noen merknader til denne ordbruken – og det synes uansett å være et åpent spørsmål hvilken tolkingsmessig betydning dette bør tillegges.

Man må kunne hevde generelt om bestemmelser som hjemler rimelighetssensur at disse setter virkningsorienterte vurderinger i fokus. *Hagstrøm* 1994 hadde etter min mening et godt poeng da han framhevet at forbudet i Avtl § 36 mot å «gjøre ... gjeldende» en avtale som vil virke urimelig, har forskjøvet «tyngdepunktet av rimelighetsvurderingen ... til oppfyllelsesstatiet» (s 135 siste avsnitt).

I lovproposisjonen ga Justisdepartementet visse føringer for rimelighets-skjønnet.³³⁵ *Hagstrøm* 1994 har om disse føringene uttalt at departementet valgte en mellomvei mellom en lovfastsatt katalog og en ordning som overlater rimelighetsprøvingen til dommernes «helt frie skjønn», og at loven derfor etablerer en ordning «som er uforenlig med frie rimelighetsbetraktninger» (s 142 første avsnitt). Synspunktet er videreutviklet i *Hagstrøm og Aarbakke* 2003, hvor det ble hevdet at

«... [h]vor langt den individuelle prøvelse kan gå, kan ... være diskutabelt. En for konkret bedømmelse kan lett komme i strid med et ønske om å utvikle retningslinjer og veiledende prinsipper, som kan danne grunnlag for fremtidig praksis. Dette taler for å legge betydelig vekt på typebetraktninger.» (*Hagstrøm og Aarbakke* 2003 s 289 tredje avsnitt.)

Sjøl oppfatter jeg departementets merknader mer som et bidrag til å effektivisere anvendelsen av bestemmelsen i forhold til typiske tilfellegrupper, i forlengelse av NOUens utbrodering av urimelighetsstandardens nærmere innhold³³⁶, enn som regulære føringer for rettsanvendelsesskjønnet. I forhold til urimeligheter ved en avtales innhold viste således både NOUen og departementet til «den alminnelige rimelighetsoppfatning til enhver tid»³³⁷ som kriterium for rimelighetsskjønnet. Det kan vanskelig hevdes at dette kriteriet legger bånd på domstolenes skjønnskompetanse – og da blir det neppe mer enn en lek med ord om dette skal omtales som «helt fritt skjønn» eller noe annet. Ut fra ordlyden i § 36 og forarbeidene må det være grunnlag for å hevde som et generelt tolkingssynspunkt at domstolene har fått en klar oppfordring til å treffe konkrete rimelighetsavgjørelser, uten at det er lagt vesentlige føringer for rimelighetsskjønnet. At domstolene – gjerne

³³⁵ Ot prp nr 5 (1982–83) s 31–36, avsnitt 5.2–5.6.

³³⁶ NOU 1979: 32 s 50–55 avsnitt 6.

³³⁷ NOU 1979: 32 s 54 første sp pkt 6; Ot prp nr 5 (1982–83) s 31 første sp pkt 5.2 første avsnitt.

med rettsvitenskapernes hjelp – dessuten bygger opp lister over typiske skjønnsmomenter for denne rettsregelen, er ikke til hinder for å bedømme den enkelte saken konkret ut fra slike momenter; det er tvert imot en velkjent arbeidsform i alle regelstyrte beslutningsprosesser.³³⁸

Uansett hva man måtte mene om føringene fra forarbeidene, har en nok så omfattende høyesterettspraksis i tilknytning til Avtl § 36 gjennom mer enn 20 år lagt føringer for tolkingen av bestemmelsen – iallfall i enkelte typesituasjoner. Best kjent, og mest omtalt i rettslitteraturen, er de to plenumsdommene som godkjente indeksregulering av uoppsigelige festekontrakter trass i at kontraktene ikke hadde noen reguleringsklausul, avsagt samme dag i plenum med dissens 11–6³³⁹, Røstad-dommen, Rt 1988 s 276, og Skjelsvik-dommen, Rt 1988 s 295. Her tilsidesatte Høyesteretts flertall standpunktet fra Madla-dommen, Rt 1959 s 1048, om at festekontrakter med fastprisklausul ikke kunne kreves prisregulert som følge av inflasjon alene. Flertallet regulerte festekontraktene med et beløp tilsvarende fallet i pengeverdien basert på konsumprisindeksen, under henvisning til at festekontraktene i tidas løp var blitt urimelige – i førstnevnte sak ble festekontrakten til og med karakterisert som klart urimelig.

Mindretallet la avgjørende vekt på at spørsmålet om å oppjustere et pengevederlag bare fordi det hadde tapt verdi som følge av inflasjon, ikke var berørt i forarbeidene, trass i at man hadde hatt 25 år med sterk inflasjon da lovbestemmelsen ble forberedt. I og med at avtalene da de ble inngått hadde balanse mellom ytelse og motytelse, var det følgelig ikke oppstått noen slik ekstraordinær situasjon pga den seinere oppståtte ubalanse at dette kunne tillegges avgjørende vekt. Av spesiell interesse for problemstillingen her i avsnitt (3.10), er mindretallets syn på spørsmålet om bestemmelsens formål er å lempe generelt urimelige avtalevilkår, eller kun tok sikte på konkrete urimeligheter:

«Jeg finner grunn til å peke på at § 36 er en bestemmelse som i alle fall først og fremst tar sikte på å rette opp urimelighet i det enkelte kontraktsforhold og etter en konkret vurdering. Det er mindre naturlig å anvende bestemmelsen når det dreier seg om en urimelighet av generell karakter som gjør seg gjeldende på omtrent samme måte i et meget stort antall kontraktsforhold, og som dessuten har vært til stede i lengre tid. Å rette på urimeligheter i slike tilfeller, ligger bedre til rette for lovgiveren som vil ha utredningsmuligheter og vil kunne vurdere spørsmålet i en bredere samfunnsmessig, økonomisk og politisk sammenheng.» (Rt 1988 s 276 på s 292 tredjesiste avsnitt.)

³³⁸ At likhetshensynet *kan* påberopes som innvending mot å treffe konkrete rimelighetsavgjørelser, kommer jeg tilbake til i avsnitt 3.2.4(2.3) nedenfor.

³³⁹ Flertallet i begge dommer var dommerne Skåre, Schweigaard Selmer, Michelsen, Christiansen, Aasland, Hellesylt, Halvorsen, Langvand, Dolva, Backer og justitiarius Sandene; mindretallet var dommerne Endresen, Røstad, Holmøy, Sinding-Larsen, Bugge og Philipson.

I Selsbakk-dommen, Rt 1990 s 284, som også var en plenumsdom om strid mellom bortfestere og festere, vippet flertallet så vidt (dissens 9–8³⁴⁰) i disfavør av lempning. Her gjaldt stridsspørsmålet om festerne hadde grunnlag for å kreve lempning av kontraktsforpliktelser om å måtte innløse festetomtene til markedspris etter krav med seks måneders varsel fra bortfester. I en situasjon der Willoch-regjeringen tidlig på 1980-tallet hadde opphevet prisreguleringen av festekontrakter, og prisene deretter hadde øket rett til værs, hadde bortfesterens rett til å kreve innløsning med ett slag endret seg fra å være en sovende bestemmelse til å bli nøkkelen til en pengebinge – og dermed ble det rettsvist om hvem av partene som skulle få skumme fløten av de endrete rammebetingelsene. Et sentralt rettsspørsmål som Høyesterett måtte ta stilling til, var betydningen av Harlem Brundtland-regjeringens endringslov fra 1989 til den dagjeldende Tomtefestelova 30.5.1975 nr 20³⁴¹, som i en ny § 4 fastsatte at avtale om at bortfesteren kan kreve at festeren innløser tomt som er festet bort til bolig- eller fritidshus før festetida etter avtalen er ute, ikke er bindende for festere. I forhold til festeavtaler inngått før endringslovens ikrafttreden var det i § 32(1)(2) bestemt at § 4 også gjaldt for eldre festekontrakter, men likevel ikke for kontrakter eldre enn Tomtefestelovas ikrafttreden, dersom det ville «verke urimeleg» for bortfesteren om han ikke kunne kreve innløsning. I denne forbindelse måtte Høyesterett også ta stilling til endringslovens forhold til Grl § 97 i relasjon til de aktuelle bortfesterne.

Flertallet la til grunn at Grl § 97 beskyttet bortfesterne mot at endringsloven innskrenket deres innløsningsrett, trass i at førstvoterende dommer Hellesylt måtte «medgi» at det i forarbeidene var uttalelser som forutsatte at endringsloven skulle anvendes på innløsningskrav som var framsatt før ikrafttredelsen av denne. Dommer Hellesylt ga her de andre statsmakter en mild reprimande gjennom å uttale at disse pga domstolenes grunnlovsforankrede dømmende myndighet burde være «varsomme med å gripe inn med lovgivning om partenes rettigheter i saker som allerede står for domstolene» (s 295 første avsnitt).³⁴² Om bruken av Avtl § 36 åpnet dommer Hellesylt – uten nærmere begrunnelse – med at «denne generelle bestemmelse er forutsatt brukt med varsomhet» (s 296 første avsnitt), og presenterte deretter nokså raskt den konklusjon at det ikke var aktuelt å revidere festeavtalen i medhold av Avtl § 36 i denne saken. Dommer Hellesylts begrunnelse var forankret dels i tolkingen av festeavtalene, dels i

³⁴⁰ Flertallet besto av førstvoterende dommer Hellesylt, med tilslutning fra dommerne Holmøy, Bugge, Halvorsen, Philipson, Langvand, Backer, Schei og Gjølstad; mindretallet besto av andrevoterende dommer Dolva, med tilslutning fra dommerne Michelsen, Christiansen, Røstad, Sinding-Larsen, Skåre, Aasland og justitiarius Sandene.

³⁴¹ Endringslov 12.5.1989 nr 22. Forarbeider er Ot prp nr 27 (1988–89) og Innst O nr 47 (1988–89). Fra 1.1.2002 gjelder Tomtefestelova 20.12.1996 nr 106.

³⁴² Førstvoterende dommer Hellesylt rundet av behandlingen av Grl § 97 med å drøfte, som obiter dictum, om denne bestemmelsen også satte bom for innløsningskrav som ble framsatt etter endringslovens ikrafttreden. Her var konklusjonen at lovendringen gikk klar av Grl § 97 (s 295 tredje avsnitt).

hvordan festerne hadde opptrådt i forhandlingene med bortfesterne om innløsning av tomtene forut for saksanlegg: Hva angår festeavtalene var det etter flertallets syn klart at disse ga rettsgrunnlag for innløsning også i situasjoner der det ikke var prisregulering, og at den prisfastsetting som fulgte av festekontraktene, ikke avvek fra ordningen etter Tomtefestelovas generelle bestemmelser (bortsett fra endringslovbestemmelsene).

Riktignok talte en slik revisjonsklausul isolert sett «med styrke for en adgang til å revidere størrelsen av innløsningssummen» (s 296 tredjesiste avsnitt).³⁴³ Og dette momentet ble forsterket ved at byretten og lagmannsretten hadde fastsatt innløsningssummen til tomteverdien per september 1987, da prisnivået trolig var nær en topp (s 296 nestsiste avsnitt). Men festerne hadde allerede i 1983 blitt forespurt om de ville innløse tomtene, og bortfesterne hadde også seinere kommet med flere forgjeves utspill for å få til en minnelig ordning. Festerne kunne her ha påvirket innløsningstidspunktet, og dermed tidspunktet for verdsettelsen, «men har nektet å være med på dette. Jeg kan da ikke se at det er urimelig at bortfesterne får den fulle tomteverdi på innløsningstidspunktet» (s 297 første avsnitt). Det siste, og utslagsgivende, momentet for flertallet var at det i saken «ikke er holdpunkter for å anta at prisene på disse tomter er spesielt høye til å være i et pressområde i en av våre større byer» (s 297 andre avsnitt).

Som det ses, var flertallsbegrunnelsen svært konkret, og festerne ble tydelig bebreidet for å ha medvirket til at innløsningsprisen ble høyere enn de ellers kunne ha forventet, samtidig som prisen likevel ikke ble urimelig høy.

Mindretallets talsperson, andrevoterende dommer Dolva, startet med å poengtere at «vi befinner oss på et område hvor lovgiveren har lagt til grunn at sosiale hensyn gjør seg sterkt gjeldende» (s 298 første avsnitt). Deretter uttalte han at han var enig med førstvoterende (flertallet) i at endringsloven til Tomtefestelova ikke kunne anvendes til skade for bortfesterne uten å stri mot Grl § 97. Men, poengterte han, «i motsetning til ham kan jeg ikke se at de nye reglene stiller bortfesterne dårligere» (s 298 tredjesiste avsnitt). Med støtte både i odelstingsproposisjonen og komitéinnstillingen til endringsloven uttalte dommer Dolva at denne loven ikke synes «å skulle stenge for innløsningskrav til det lovgiveren anser som en akseptabel og forsvarlig pris (s 298 nestsiste avsnitt).

Derimot, fortsatte dommer Dolva, ga de samme forarbeidene bare «begrenset veiledning med hensyn til hvilken pris som kan godtas i den forbindelse» (s 298 siste avsnitt), men komiteen hadde angitt at en inflasjonsjustert pris basert på markedsverdien da festekontrakten ble inngått alltid vil være rimelig, og at en viss realøkning, slik at det blir en rimelig fordeling av verdistigning mellom fester og bortfester, også kunne godtas (s 299 and-

³⁴³ Førstvoterende dommer Hellesylts bemerkning her må forstås på bakgrunn av påpekingen foran på s 292 første avsnitt om at det i Tomtefestelova 1975 § 6(1) var en bestemmelse om minste festetid på 80 år, nettopp for å motvirke kontraktsvilkår som ensidig favoriserte bortfesterne.

re avsnitt). Etter å ha gjort rede for det generelle anvendelsesområdet for Avtl § 36 og for ordningen med prisregulering av festekontrakter i meste-parten av etterkrigstida, kom dommer Dolva deretter fram til det avgjørende spørsmålet – «Kan så Avtl § 36 anvendes til å redusere innløsningsbeløpet slik at bortfesteren ikke får oppebære hele den særskilte stigning i tomteverdien?» (s 300 siste avsnitt). Justisdepartementet hadde uttalt seg «noe skeptisk om muligheten for å beskytte festerne ved hjelp av» Avtl § 36 i lovproposisjonen til endringsloven til tomtefesteloven, fortsatte Dolva (samme sted). Justiskomiteen derimot var ikke i tvil, og dommer Dolva siterte fra komitéinnstillingen på s 4, hvor det ble uttalt at komiteen «“ville i utgangspunktet antatt at Avtl § 36 var tilstrekkelig til å hindre urimelige utslag av den prisutvikling man har sett på tomtemarkedet, også i festeforhold”» (s 301 første avsnitt).

Med utgangspunkt i denne komitéuttalelsen trakk dommer Dolva den konklusjon at Avtl § 36 ga hjemmel for å redusere innløsningsprisen. «Der- som innløsningskravet fra bortfesterne skulle gjennomføres til markedspris, ville det i pressområdene skje en eksplosjonsartet økning i festernes økonomiske byrde», uttalte dommer Dolva (s 301 andre avsnitt), og la altså i motsetning til flertallet ikke utslagsgivende vekt på den konkrete urimeligheten, men tvert imot på de generelt urimelige signaleffektene av å godta markedspris i denne saken. Denne synsvinkelen forsvarte dommer Dolva med å tilføye at når det, som her, dreide seg om et stort antall likeartete kontraktsforhold, «kan det vanskelig bli tale om å prøve om de sosiale hensyn gjør seg gjeldende i forhold til den enkelte fester» (s 301 tredje avsnitt). Dommer Dolva uttalte videre at en anvendelse av Avtl § 36 som innebærer at bortfesterne ikke kunne oppebære den fulle verdistigning på tomtene, ikke ville frata dem noen rettsposisjon som de kunne gjøre regning med på den tid festekontraktene ble inngått (s 301 fjerde avsnitt).

En avsluttende refleksjon om Selsbakk-dommen er på sin plass: Flertallet (s 293 tredjesiste avsnitt flg) var – som et obiter dictum – opptatt av å gi «retningslinjer for anvendelse av endringsloven» til tomtefesteloven, og uttalte i den forbindelse at det for å unngå «usikkerhet, tvister og risiko for rettsulikhet» var tilrådelig å anvende en «generell delingsnorm» om at bortfesteren i pressområdene bør «avstå halvparten av realverdistigningen i festeperioden» om han vil kreve tomta innløst. Og flertallet syntes, etter en konkret vurdering, at den fastsatte innløsningsprisen i denne saken ikke krenket § 36. Mindretallet derimot la avgjørende vekt på formålet med lovendringen, og de generelle konsekvensene av å godta en galopperende prisstigning ved innløsning av festetomter, uten å ofre noe trykksverte på å drøfte den konkrete urimeligheten for de involverte festerne. Både flertallet og mindretallet synes mao å ha lagt mer vekt på formålet med tomtefesteordningen enn på formålet med Avtl § 36.

Flertallsbemerkningen i Selsbakk-dommen om at Avtl § 36 er «forutsatt brukt med varsomhet» har etter min mening svak forankring både i lovforarbeidene og i forutgående høyesterettspraksis om bestemmelsen. I høyes-

terettspraksis etter denne dommen har jeg bare funnet formuleringen påberopt én gang, nemlig i dommer Cowards dissenterende votum i DnB Boligkreditt-dommen, Rt 1995 s 1540 på s 1548 tredje avsnitt, en dissens som virker tynt begrunnet, sammenholdt med flertallets syn.³⁴⁴

Hov 2005 (note 141 andre avsnitt) har, i tilknytning til situasjoner hvor det «grunnprinsipp at en inngår avtaler for egen risiko» utfordres, påberopt Periscopus-dommen, Rt 1990 s 500, og fellesgjeldfortielsesdommen, Rt 1993 s 1497 (dissens 4–1), til støtte for det standpunkt at dette grunnprinsippet fortsatt ligger fast hva angår «alminnelig prisrisiko». En slik risiko må altså ikke blandes sammen med situasjonen i de forannevnte plenumsdommene om tomtefestekontrakter med uregulerbar fastprislausul, hvor urimeligheten skyldtes alminnelig fall i pengeverdien.

Sistnevnte dom gir ellers en god illustrasjon av hva som ligger i uttrykksmåten at en avtale «helt eller delvis kan settes til side eller endres» i Avtl § 36(1) første setning: Selgeren av en borettsleilighet, som hadde vært styreleder i borettslaget, hadde fortiet at det hvilte en andel på kr 300.000 av borettslagets fellesgjeld på salgsobjektet, som ble solgt for kr 650.000. Flertallet på fire dommere³⁴⁵ mente at denne fortielsen hadde medført en urimelig overpris, og anvendte § 36 for å endre avtalens opprinnelige innhold, slik at kjøper fikk godskrevet halvparten av den nevnte fellesgjelda som prisavslag. Mindretallet (dommer Backer) mente at misforholdet mellom pris og ytelse var så stort at avtalen måtte settes til side i sin helhet, bl.a. fordi han fant det svært vanskelig å skjønne over hva kjøper ville ha vært villig til å betale dersom korrekte opplysninger hadde ligget på bordet.

Woxholth 2006 (s 379 flg) har gitt en nærmere oversikt over fire hovedtyper rettsvirkninger av at det konstateres urimelighet.

I Salhus Flytebru-dommen, Rt 1999 s 922, høynet Høyesterett terskelen for påberopelse av Avtl § 36 mellom profesjonelle virksomhetsutøvere hvor forutberegnelighetshensynet bør vektlegges, noe Justisdepartementet hadde hintet klart om i lovproposisjonen³⁴⁶. Dommen ble fulgt opp i Hol kommune-dommen, Rt 2000 s 806 (på s 816) og i Norrønafly-dommen, Rt 2003 s 1132 avsnitt 46. Hvordan denne rettsutviklingen skal bedømmes i relasjon til redegjørelsen for min grunnantakelses faktiske forankring i rettsordningen, kan vel være et åpent spørsmål. En plausibel vinkling er at Høyesterett med deisse tre dommene har signalisert at de profesjonelle virksomhetsutøvere bør innkalkulere risikoen for urimelighetsvirkninger i sine priskalkyler, istedenfor å satse på rettslig problemløsning. En annen plausibel effekt kan være at profesjonelle virksomhetsutøvere isteden vil påberope seg det ulovfestete lojalitetsprinsippet i kontraktsforhold, hvor terskelen for urimelighetssensur fortsatt synes å være lavere.³⁴⁷

³⁴⁴ Dommer Cowards dissens, som i det vesentlige var forankret i forutberegnelighetshensynet, er drøftet nærmere i avsnitt 3.2.4(2.2.1) nedenfor.

³⁴⁵ Førstvoterende dommer Hellesylt, med tilslutning av dommerne Lund, Gjølstad og Christiansen.

³⁴⁶ Se Ot prp nr 4 (1982–83) på s 36 første sp fjerde avsnitt flg.

³⁴⁷ Takk til kand 3152 ved 3. avd. hjemmeeksamen på Det juridiske fakultet ved Universitetet ved Oslo våren 2006 for denne framtidsrefleksjonen!

Når C. Smith 1992 i sin analyse av urimelige kontraktsvilkår i Høyesterett med utgangspunkt i Røstad-dommen, Rt 1988 s 276, konkluderte med at Høyesterett «i samsvar med sine beste tradisjoner, [tok] et ansvar for rettsutviklingen» (s 497), og forut for dette holdt det åpent hvordan omfanget av analogisk bruk av bestemmelsen ville utvikle seg (s 495 nestsiste avsnitt), og betegnet bl.a. denne dommen som en «gullgrube for rettskildemessige drøftelser» (s 496 første avsnitt), leser jeg dette som en rettspolitisk meningsytring med klare moralfilosofiske anstrøk, svært nær en *eksplisitt* moralfilosofisk drøftelse av lempningsbestemmelsens betydning.

(3.11) Husleieloven § 4-1 om forbud mot å avtale leie som er urimelig mot leietaker og § 9-8(2) om tilsidesettelse av urimelige oppsigelser av leietakere

Bestemmelsene i Husleieloven 26.3.1999 nr 17 om henholdsvis «forbud mot å avtale leie som er urimelig» mot leietaker (§ 4-1), og plikt for retten til å tilsidesette en oppsigelse fra utleiers side dersom «den vil virke urimelig» (§ 9-8(2) andre setning), er betydningsfulle eksempler på velferdsrettlig beskyttelse av svakstilte ved hjelp av et moralsk kriterium. Bestemmelsene, som lovfester at det er leietakers synsvinkel, ikke en nøytral avveining av partenes interesser, som skal være utslagsgivende for rettmes-sighetsvurderingen, kom opprinnelig inn i den husleieloven som Ny-gaardsvold-regjeringen fremmet i 1939, og hadde nok sin glanstid mens en stor del av den svakerestilte arbeiderbefolkningen i de større byene fortsatt bodde i eldre leiegårder.

Men bestemmelsene har også vært gjeldende i den kooperative bolig-massen som skjød opp etter andre verdenskrig – og har dermed vært en ef-fektiv demper på «stalinistiske» tendenser rundt omkring i borettslagsstyre-ne. Fra ut på 1980-tallet har bestemmelsene fått ny aktualitet gjennom den nye veksten i boligutleieaktivitet i våre større byer, noe som kan leses di-rette ut av domstolsstatistikken. Denne aktualiteten vil ventelig tilta gjen-nom at Burettslagslova 6.6.2003 nr 39 har lempet på de tidligere strenge begrensningene i adgang til framleie av borettslagsleiligheter. I enda større grad vil vel leieprisenenes urimelighet komme på spissen når Lov 7.7.1967 nr 13 om husleieregulering i henhold til denne loven § 29 a opphører å gjelde 1.1.2010.

(3.12) Skadeserstatningslovgivningens bestemmelser om rimelig-hetsbasert lempning og avkortning av erstatningsansvar

En praktisk sett viktig rettsregel på erstatningsrettens område er den gene-relle lempningsbestemmelsen i Skadeserstatningsloven 13.6.1969 nr 26 § 5-2, som hjemler lempning av et erstatningsansvar dersom retten etter en

helhetsvurdering kommer til at det ville virke «urimelig tyngende for den ansvarlige» å fastholde ansvaret fullt ut. § 2-3 inneholder en tilsvarende bestemmelse om lempning av arbeidstakers ansvar i saker om arbeidsgiveransvar.

Etter overskriften er dette en generell bestemmelse om lempning av erstatningsansvar, men i teorien har det likevel vært ventilert usikkerhet om bestemmelsen kan påberopes også ved kontraktsrettslig erstatningsansvar. Etter Multiconsult-dommen, Rt 2004 s 1887, (dissens 3–2), hvor flertallet avgjorde at bestemmelsen også var anvendelig for erstatning i kontrakt, synes grunnlaget for denne usikkerheten å ha blitt svekket.

Også den praktisk viktige, generelle bestemmelsen i Skadeserstatningsloven § 5-1 om avkorting av ansvar dersom skadelidte har medvirket til skaden ved egen skyld, lar det være utslagsgivende for avgjørelsen om avkorting er «rimelig» under hensyn til skadelidtes atferd, omfanget av skaden og forholdene ellers.

Begge disse bestemmelsene er klare eksempler på rimelighetsvurderingenes sentrale rolle i erstatningsretten, noe som ikke er overraskende på bakgrunn av erstatningsrettsreglenes ubestridelige røtter i det gammelegyp-tiske ekvivalensprinsippet og det aristoteliske bytterettferdighetsprinsippet.³⁴⁸

Bilansvarsloven 3.2.1961 § 7 inneholder en eldre bestemmelse om avkorting enn Skadeserstatningsloven § 5-1. Urimelighet er ikke brukt direkte i denne bestemmelsen, som isteden oppstiller et nokså åpent skjønnstema om at avgjørelsen skal rette seg etter atferden på begge sider og forholdene ellers. Dommen i Rt 2005 s 887 gir en god illustrasjon på at det er et allsidig rimelighetsskjønn som skal brukes også i disse sakene, se avsnitt 31, hvor førstvoterende dommer Oftedal Broch³⁴⁹ bemerket at «[b]estemmelsen synes å invitere til et meget bredt skjønn. Etter lovforarbeidene er dette tilsiktet». Deretter henviste Oftedal Broch bl.a. til et sitat fra en lovendringsproposisjon på 1980-tallet hvor departementet hadde uttalt at «gjeldende bestemmelser ... gir retten høve til å komme til rimelige løsninger ut fra en konkret vurdering».

(3.13) Ekteskapsloven § 46(2) og § 65(1) m.fl. om lempning av urimelige avtaler om formuesordningen mellom ektefeller

Ekteskapsloven 4.7.1991 nr 47 inneholder flere bestemmelser om lempning av urimelige avtaler om formuesordningen mellom ektefeller. § 46(2) gir retten kompetanse til å tilsidesette – helt eller delvis – en avtale under ekteskapet, eller en avtale inngått med sikte på et forestående ekteskap, om formuesordningen, hvis avtalen «vil virke urimelig overfor en av partene». § 65(1) gir retten tilsvarende kompetanse i forhold til en avtale som er inngått mellom ektefellene under et separasjons- eller skilsmisseoppgjør, «hvis den vil virke urimelig overfor en av partene».

³⁴⁸ Se om disse prinsippene i avsnitt 3.2.1(2.4) foran.

³⁴⁹ Med tilslutning fra dommerne Mitssem, Bruzelius, Tjomsland og Schei.

Om sammenhengen mellom El § 46(2) og lempningsregelen i Avtl § 36 uttalte Justisdepartementet i ekteskapslovproposisjonen følgende:

«... Vurderingstemaet bør være det samme som i avtaleloven § 36 og i utkastets § 65; spørsmålet bør være om resultatet ellers vil bli "urimelig". ...» (Ot prp nr 28 1990–91 s 80 første spalte tredje avsnitt.)

Både før og etter at departementet på denne måten ga sin mening til kjenne har det vært reist tvil om riktigheten av en slik betraktning. Riktignok har det lenge vært uomstridt at lempningsbestemmelsen i Avtl § 36 i utgangspunktet gjelder for alle *formuerettslige* krav, se avsnitt (3.10) foran. Spørsmålet om bestemmelsens rekkevidde i forhold til formuerettslige krav *på familierettens område* har likevel voldt tvil.³⁵⁰ Ved dommen i Rt 1990 s 1094 ble det lagt til grunn – uten at dommerflertallet³⁵¹ tok stilling til den generelle anvendeligheten av Avtl § 36 på dette livsområdet – at bestemmelsen kan anvendes analogisk på en ektepakt som gjelder «bestemte verdier».³⁵²

Ekteskapslovutvalget, som i 1987 la fram et utkast til det som er den någjeldende Ekteskapsloven, hadde under ledelse av Peter Lødrup presentert et nokså restriktivt syn på spørsmålet om å lovfeste en lempningsbestemmelse tilsvarende Avtl § 36 i den nye ekteskapsloven. Lovutvalget tok til orde for «full adgang» for ektefellene til å inngå avtaler om unntak fra deling, og la bl.a. følgende føringer for den lempningsbestemmelsen som ble foreslått:

«En slik lempningsregel bør imidlertid brukes med forsiktighet. På dette området bør partene ha klarhet i sin økonomiske situasjon, og en lempningsregel bør ikke oppmuntre til unødige tvister. Regelen skal ikke oppfattes som en regel som etter en helt fri rimelighetsvurdering kan medføre at den ene tilkjennes et beløp hos den annen. ...» (NOU 1987: 30 s 146 andre spalte siste avsnitt.)

I lovproposisjonens generelle merknader om formuesordningen mellom ektefeller la imidlertid Justisdepartementet ikke fingrene imellom i sin karakteristik av denne ytringen fra Ekteskapslovutvalget:

«Etter departementets syn kan behovet for å beskytte den svake part være vel så stort i familieforhold som i alminnelige formuerettslige forhold. Departementet har også vanskelig for å se at adgangen til å lempe avtaler om formuesordningen bør være snevrere enn adgangen til å lempe avtaler om konkrete skifteoppgjør. ... Når man har valgt å operere med en omfattende avtalefrihet, bør det være mulig å avhjelpe urimeli-

³⁵⁰ Se Rt 1985 s 1291 på s 1295 fjerde avsnitt, hvor førstvoterende dommer Hellesylt med tilslutning fra dommerne Bugge, Christiansen, Philipson og Røstad uttalte at Avtl § 36 «vanskelig kan ramme – direkte eller analogisk – en slik rent familierettslig avtaleordning som ektepakten innebærer».

³⁵¹ Førstvoterende dommer Holmøy, med tilslutning fra dommerne Langvand, Hellesylt og Røstad.

³⁵² Se Rt 1990 s 1094 på s 1097 tredje avsnitt. Dommer Lund, som i det vesentlige og resultatet sluttet seg til førstvoterende, ga i et særvotum (på s 1099 tredje avsnitt) uttrykk for at «ektepakter må kunne undergis rimelighetssensur tilsvarende den som etter avtaleloven § 36 gjelder for formuesettslige avtaler».

ge resultater gjennom en lempningsregel.» (Ot prp nr 28 1990–91 s 79 andre spalte nestsiste avsnitt.)

Med den begrunnelsen at informasjonshensyn taler for en generell regel om lempning av avtaler om formuesordningen i ekteskapsloven, og at det trass i dommen i Rt 1990 s 1094 fortsatt var en del usikkerhet om i hvilken grad avtaler om formuesordningen kan lempes, konkluderte departementet med at det «også for avtaler om formuesordningen bør innføres en generell lempningsregel».³⁵³ Dette standpunktet ble utmyntet i henholdsvis forslagene til El § 46(2) og § 65(1), bestemmelser som ble vedtatt og som fortsatt gjelder.

Det framstår følgelig som et klart eksempel på «forarbeidsdissens» når departementet i spesialmerknadene til den foreslåtte § 46, etter å ha gjengitt den nettopp siterte formuleringen nokså uendret, likevel fulgte opp med setningen «[l]empningsregelen bør brukes med forsiktighet»³⁵⁴, som – jf foran – synes sakset fra Ekteskapslovutvalgets innstilling. I og med at departementet i så klare ordelag hadde distansert seg fra Ekteskapslovutvalgets synspunkter i den generelle drøftelsen av reglene om formuesordningen mellom ektefeller, skyldes det nok en svikt i den avsluttende «harmoniseringen» av den «faglige» og «rettspolitiske» delen av lovforberedelsesprosessen at den sist gjengitte anvisningen om forsiktig praktisering av bestemmelsen ikke ble luket ut av spesialmotivene.³⁵⁵

Og uansett er det jo et argument som med styrke taler for utstrakt bruk av lempningsbestemmelsen nettopp på formuerettslige avtaler mellom ektefeller, at man på dette livsområdet inngår formuerettslige avtaler som påbygg på en – iallfall for de flestes del – kjærlighetsbasert relasjon, noe som er den verdimeslige bakgrunnen for at «kravene til oppriktighet og lojalitet er strengere enn i vanlige formuerettslige forhold» på dette livsområdet, slik førstvoterende dommer Stang Lund³⁵⁶ treffende formulerte utgangspunktet for tolkningen av El § 46(2) i dommen i Rt 1999 s 718 på s 725 siste avsnitt.

På bakgrunn av ovenstående syns jeg ikke det kan stå ubemerket at Peter Lødrup så seint som i femteutgaven av «Familiereetten» (2004), i strid med både Justisdepartementets klare syn i ekteskapslovproposisjonen og Høyesteretts forannevnte generelle uttalelse om oppriktighets- og illojalitetshensynets plass ved lempningsvurderinger i tilknytning til formuerettslige avtaler i familieforhold, klamret seg til den forkastete argumentasjonen fra

³⁵³ Se Ot prp nr 28 (1990–91) s 80 første spalte andre og tredje avsnitt.

³⁵⁴ Ot prp nr 28 (1990–91) s 111 andre spalte tredjesiste avsnitt.

³⁵⁵ Forarbeidsdissensen har nok bakgrunn i at Justisdepartementet da ekteskapslovproposisjonen ble fremmet i statsråd 22. mars 1991, hadde fått DNAs Kari Gjesteby som justisminister – etter at Syse-regjeringen, med Høyres justisminister Else Bugge Fougner, noen måneder tidligere hadde måttet overlate roret til Harlem Brundtlands tredje regjering. Alminnelig bakgrunnsinformasjon om de parlamentariske prosessene trengs i saker som dette for å harmoniserende ellers sprikende forarbeidssignaler.

³⁵⁶ Med tilslutning fra dommerne Lund, Coward, Bruzelius og Schei.

Ekteskapslovutvalget, uten å klargjøre at denne argumentasjonen nå hadde endret karakter til å bli en rettspolitisk ytring kamuflert som tolking av gjeldende rett:

«Domstolene har ... ikke noen fullmakt til å justere avtalen etter hva som måtte være den rimeligste løsningen i det enkelte tilfelle. Partene må ha krav på klarhet om sin økonomi både under ekteskapet og med sikte på en delingssituasjon. Hensynet til forutberegnelighet veier her tungt. ...» (Lødrup og Sverdrup 2004 s 321 tredje avsnitt.)³⁵⁷³⁵⁸

I en klasse for seg har vi lempningsbestemmelsen i El § 59(2), som bestemmer at *retten til skeivdeling* helt eller delvis kan settes til side under et skifteoppgjør, dersom en slik rett vil «føre til et åpenbart urimelig resultat» (min kursivering). Tvister om denne bestemmelsen, med dens kvalifisering av det generelle urimelighetskriteriet, har flere ganger vært forelagt Høyesterett. Dommerne har i disse sakene valgt å følge opp den klart restriktive linjen som ble anslått i Ekteskapslovutvalgets andre delutredning.³⁵⁹ I Rt 2002 s 1596 (på s 1602 tredje avsnitt) fastholdt således førstvoterende dommer Tjomsland³⁶⁰, under henvisning til påberopelsen av nevnte NOU i dommen i Rt 1999 s 177 på s 183 tredje avsnitt³⁶¹, at denne lempningsbestemmelsen skulle anses som en «snever unntaksregel». Se ellers, som et relativt ferskt domseksempel på at denne rettsforståelsen ikke er blitt fraveket, dommen i Rt 2004 s 108 avsnitt 6.³⁶²

(3.14) Forbrukerkjøpsloven § 29 om fritak av selger for retting og omlevering som vil volde ham urimelige kostnader

Etter Forbrukerkjøpsloven 21.6.2002 nr 34 § 29(1) andre setning kan selger fritas for plikten til retting og omlevering av mangler ved salgsgjenstanden, dersom slike tiltak vil volde ham «urimelige kostnader». Rimelighetsregelen her er et typisk eksempel på avbalansering av kjøperens bruk av misligholdsbeføyelser mot kostnadene for selgeren. Omlevering (ny vare) vil for kjøperen ofte være primærønsket, mens retting (reparasjon av mangelen) ikke alltid framtrer som like attraktivt. Kjøperen har etter bestemmelsen valgretten mellom de to beføyelsene, men når kostnadene blir urimelig sto-

³⁵⁷ Tone Sverdrup var medforfatter av boka femteutgave. Det har nok gitt synlige utslag i avsnittene foran det gjengitte, men altså ikke i den siterte passusen.

³⁵⁸ Et ytterligere eksempel på deklassifisering av Lødrup-uttalelser om rekkevidden av ekteskapslovens tvingende bestemmelser om formuesordningen mellom ektefeller til rettspolitiske ytringer framgår av dommen i Rt 2006 s 168, avsnitt 32–42.

³⁵⁹ Se NOU 1987: 30 s 130 første spalte nestsiste avsnitt.

³⁶⁰ Med tilslutning fra dommerne Gjølstad, Gussgard, Stabel og Schei.

³⁶¹ Førstvoterende dommer Coward med tilslutning fra dommerne Flock, Aarbakke, Gussgard og Holmøy.

³⁶² Førstvoterende dommer Gussgard, med tilslutning fra dommerne Oftedal Broch, Gjølstad, Dolva, og Miltsem. Sistnevntes dissens i denne dommen gjaldt et annet spørsmål enn rimelighetsvurderingen.

re for selger, må kjøperen altså likevel avfinne seg med de øvrige beføyelsene, vanligvis reparasjon etter § 29(1), eventuelt i kombinasjon med prisavslag (§ 31) eller erstatning (§ 33). Nærmere anvisning om rimelighetsavveiningen er gitt i § 29(2), hvor det heter at man skal legge vekt på verdien av en mangelfri ting, mangelens betydning og om andre beføyelser kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for kjøperen.

I støvletthældommen, Rt 2006 s 179 (dissens 3–2), har vi nylig fått et illustrerende eksempel på anvendelse av Fkjl § 29(1). Dommerflertallet³⁶³ la her til grunn at det var forbundet med «urimelige kostnader» for selgeren av et par støvletter med innkjøpspris ca kr 450 å foreta omlevering etter at den ene hælen hadde falt av, når reparasjon kunne foretas for ca kr 65. Flertallet la avgjørende vekt på at man ikke burde tolke bestemmelsen slik at den stimulerte til «bruk og kast»-mentalitet, og at «urimelige kostnader»-terskelen i utgangspunktet var nådd dersom omleveringskostnadene lå på 2–3:1, ikke som her, hvor de var på ca 7:1. Mindretallet³⁶⁴ la mer vekt på at bestemmelsen ga kjøperen en klar valgrett, og at det ikke bare var forholds-tallet, men også de absolutte kostnadene for selger, som måtte vurderes, og at selger her fortsatt ville ha fortjeneste av salget, dersom han måtte omlevere. Mindretallet vektla også at departementet i forarbeidene hadde angitt omlevering som hovedalternativet for alle billigvarer.

(3.15) Grannelova § 2 om forbud mot å ha, gjøre eller sette i verk noe som urimelig eller unødvendig er til skade eller ulempe på naboeiendom

Grannelova 16.6.1961 nr 15 § 2(1), naborettens generalklausul, setter forbud mot å ha, gjøre eller sette i verk noe som urimelig eller unødvendig er til skade eller ulempe på naboeiendom. Lovbestemmelsen er et sjeldent klart eksempel på rettsliggjøring av en norm om å oppføre seg i takt med allmennmoralen (jf avsnitt 3.2.1(6) foran) overfor naboen, og samtidig en av de oftest påberopte lovbestemmelsene som stiller urimelighetsvurderinger i sentrum for løsning av privatrettslige interessetvister.³⁶⁵

Gl § 2 er en videreføring av § 12 i Lov inneholdende Bestemmelser om Eiendomsrettens Begrænsning i Naboforhold 27.5.1887 nr 1, som riktignok ikke inneholdt et slikt urimelighetskriterium som jeg er opptatt av her, men derimot i utgangspunktet forbød «virksomhed, som volder Naboen usædvanlig eller upaaregnetlig Ulempe».

³⁶³ Førstvoterende dommer Flock, med tilslutning fra dommerne Gussgard og Aasland.

³⁶⁴ Andrevoterende dommer Coward, med tilslutning fra dommer Skoghøy.

³⁶⁵ Et Lovdata-søk jeg foretok 13.8.2007 avdekket at Grannelova § 2 var påberopt i 553 sivile saker, hvorav 56 i Høyesterett, 16 i KMU, 368 i lagmannsrettene og 123 i tingrettene. Flere av sakene er trolig gjengangere i flere instanser, men det store antallet er likevel slående, tatt i betraktning at folk flest kvier seg for å anlegge søksmål mot naboen, også når krenkelsen av Grannelova § 2 har vært åpenbar.

Før Naboloven 1887 ble vedtatt, hadde vi hatt noen tiår i norsk samfunnsliv preget av råbarket liberalisme (merkantilisme), som bl.a. i Fredrik Brandts «Tingsretten» (1. utg 1867) ifølge *Paal Berg* ble formulert slik at eiendomsretten var «det universelle Herredømme over Tingen i dens Totalitet» (1950 s 85 fjerde avsnitt). I tråd med slike tanker hadde grunneiere blitt frikjent bl.a. i rettssaker om erstatningsansvar knyttet til uttak fra egen grunn av blåleire, trass i at virksomheten hadde ført til betydelige setnings-skader på bebyggelse eller veier på nabogrunnen. Se nærmere *Falkanger* 2000 (s 325–28).

I motsetning til de fleste tilsvarende lovbestemmelser som forbyr handlinger eller tilstander som er urimelige, inneholder Gl § 2(2)–(4) tre avveiningsnormer av legaldefinisjonsliknende karakter om hva man skal legge vekt på ved avgjørelsen av om noe krenker den såkalte tålegrensen i § 2(1).

I prinsippet er avgjørelsen av den naborettslige tålegrensen frikoplet fra plan- og bygningslovgivningens rettsregler, men terskelen for å få et tiltak som er godkjent av plan- og bygningsetaten underkjent etter Granelova er nok høy.

En klassiker blant tvistene om Gl § 2(1), jf § 2(3) og ev § 2(4) har vært flystøysakene, hvor det offentlige har vært skyteskiven. I den ferskeste flystøysaken, Gardermoen-dommen, Rt 2006 s 486, fikk de private saksøkerne enstemmig medhold i at tålegrensen var overskredet og at de hadde krav på erstatning etter § 9, fordi støyøkningen som følge av hovedflyplassutbyggingen ikke var «ventelig», noe som ifølge § 2(3) er et sentralt skjønnsmoment ved praktiseringen av urimelighetsnormen. Skjønnskriteriet i disse flystøysakene illustrerer ellers at den «samfunnsnytt» som mange rettsrealister, og særlig Ross, gjorde til skyteskive som en misforstått verdinorm i rettsordningen, på dette rettsområdet likevel har spilt en viktig rolle.

(3.16) Odelslova § 21 om vern av en dårligere berettiget mot odelsløsning, dersom bruk av løsningsretten ville være klart urimelig

Odelslova 28.6.1974 nr 58 kapittel VI, «Allmenne avgrensingar i løysingsretten», fastsetter i § 21(1) at en bedre odelsberettiget kan nektes å fortrengje en dårligere berettiget bror eller søster, dersom bruk av løsningsretten vil være «klårt urimeleg». I § 21(2) er det en bestemmelse om at odelsløsning på samme vilkår også kan nektes mot enhver eier med odelsrett.³⁶⁶ Disse bestemmelsene gjør unntak fra lovens ordning med at en bedre odelsberettiget, dersom nærmere angitte vilkår er oppfylt, kan kreve den aktuelle landbrukseiendommen overført til seg for odelstakst. Av NOU

³⁶⁶ Odelslova inneholder også bestemmelser med «klårt urimeleg»-kriteriet i § 34 (løsningstvist mot gjenlevende ektefelle) og § 52 (løsningstvist mot åsetesberettiget). Disse bestemmelsene blir ikke drøftet nærmere her..

1972: 22 s 41 og s 70 framgår det at bestemmelsen ble foreslått for å bøte på de «uheldige» og «urimelege» resultater som den absolutte løsningsretten etter Odelsloven av 1821 hadde ført til. At det kreves klar urimelighet, indikerer at urimeligheten må være kvalifisert, dvs at urimelighet som følge av ordningen med odelsløsning ikke som sådan er nok til å avskjære bruk av odelsløsningsrett, se nærmere om dette i domssitatet straks nedenfor. På den andre siden har Høyesterett i flere dommer etter vedtakelsen av Odelslova bekreftet at de ulovfestete reglene om «odelsmisbruk» holdes i hevd side ved side med lovbestemmelsene om urimelighetssensur, se nærmere avsnitt 3.2.1(7.2.8) ovenfor.

Skjerve søndre-dommen, Rt 1978 s 268, er en sentral avgjørelse om rekkevidden av urimelighetsvurderingen etter § 21. Førstvoterende dommer Mellbye³⁶⁷ formulerte her det standpunkt at den lovfastsatte odelsrekkefølgen ikke i utgangspunktet var en del av urimelighetstemaet:

«Enhver odelsløsning innebærer at den aktuelle besitter av odelsgodset fordrives av odelsløseren. Dette ligger i selve odelsrettens innhold og gir i de normale tilfeller ikke i seg selv noe grunnlag for å hindre løsning. Rimelighetsvurderingen etter lovens § 21 må derfor ha dette som utgangspunkt. Det er de øvrige omstendighetene omkring odelsløsningen som må vurderes, og bestemmelsen finner da anvendelse når de interesser som odelsløseren fremmer, er så be-[s 271]skjedne etter art og styrke i forhold til hva saksøkte i tilfelle må ofre at resultatet blir klart urimelig. ...» (Rt 1978 s 268 på s 270 siste avsnitt flg.)

Førstvoterende dommer Mellbye rundet av denne bemerkningen med å sitere en sentral tolkingsanvisning fra NOU 1972: 22 (s 70 andre sp nestsiste avsnitt)³⁶⁸: «I nemninga “klårt urimeleg” ligg at det må vere ei monaleg overvekt av omsyn som talar mot å tillate løysing.» Denne tolkingsanvisningen har vært fulgt opp i etterfølgende domspraksis.³⁶⁹

Som det har framgått av de foregående underavsnitt her i avsnitt (3), og som det vil komme enda klarere fram i avsnitt (4) nedenfor, foreligger det en rekke eksempler på sprikende karakteristikker i høyesterettspraksis av betydningen til slike kvalifiserende adverb som «klårt» i urimelighetsnormen i Odelslova § 21. I Opstad Vestre-dommen, Rt 1988 s 161, innledet f.eks. førstvoterende dommer Philipson sin karakteristikkk av regelinholdet i § 21(2) med følgende ord: «Etter lov og rettspraksis skal det *sterke grunner* til for å nekte odelsløsning» (s 164 tredjesiste avsnitt. Min kursivering). I Store Døvik-dommen, Rt 2000 s 1634 innledet til kontrast førstvoterende dommer Frisak³⁷⁰ sin redegjørelse for regelinholdet med formuleringen «[e]tter forarbeidene og rettspraksis skal det *relativt sterke grunner* til for at

³⁶⁷ Med tilslutning fra dommerne Holmøy, Løchen, Lorentzen og Stabel.

³⁶⁸ Henvisningen til NOUen kom dessverre ikke med i (den publiserte) dommen, bare anførselstegnene rundt sitatet var med.

³⁶⁹ Se f.eks. Rt 2000 s 1634, Store Døvik-dommen, på s 1641 nestsiste avsnitt; Rt 2004 s 536, Soltundommen, avsnitt 25; Rt 2005 s 1515, Hilleren-dommen, avsnitt 29.

³⁷⁰ Med tilslutning fra dommerne Rieber-Mohn, Tjomsland, Oftedal Broch og Gjølstad.

lovens hovedregel skal fravikes» (s 1641 femte avsnitt. Min kursivering). Ut fra en realbetraktning av Opstad Vestre-dommens resultat hadde dommer Frisak utvilsomt sine ord i behold – i denne dommen kom høyesterettsdommerne nemlig den dårligere berettigete til unnsetning, men det skjedde ikke i Store Døvik-dommen.

Det sentrale typeeksemplet på bruk av urimelighetsnormen er formulert i Odelslova § 21(1) andre setning (om fraværende eldre søsken med annet yrke versus hjemmeværende yngre søsken som medvirker til driften), men «mellom anna»-betegnelsen angir at dette ikke er en uttømmende liste. I Rt 2000 s 1634, formulerte førstvoterende dommer Frisak følgende momentliste for urimelighetsbedømmelsen etter denne bestemmelsen:

«Sentrale momenter i vurderingen er partenes tilknytning til eiendommen og jordbruksnæringen, om vedkommende som fordrives har bodd og arbeidet på eiendommen, og hvem av partene som har utdannet seg innen landbruk. Forventning om overtakelse av odelseiendommen har også vært tillagt vekt, samt hvem som eventuelt på et tidligere stadium burde fått klarlagt overtakelse/odelsløsning. Eierens ønske om hvem som skal overta, har vært tillagt mer begrenset vekt.» (Rt 2000 s 1634 på s 1642 første avsnitt.)

I Soltun-dommen, Rt 2004 s 536 avsnitt 28 fulgte førstvoterende dommer Gussgard³⁷¹ opp bemerkningene fra Store Døvik-dommen med å understreke at ordlyden i § 21 ikke setter grenser for hvilke momenter som kan trekkes inn, «men det kan neppe anses tvilsomt at det en har hatt i tankene, er en individuell vurdering, og da slik at saken skal vurderes ut fra de aktuelle partenes egen situasjon».

I NOU 2003: 26 Om odels- og åsetesretten er det fremmet forslag om å utvide rekkevidden av § 21(2) slik at odelsløsning kan nektes ikke bare mot en eier som har dårligere odel, men også mot en eier som ikke har odel i det hele tatt.

(3.17) *Sammenfatning*

Når det gjelder sammenfatningen av redegjørelsen i de ovenstående avsnittene (3.1)–(3.16), viser jeg til avsnitt 3.2.1(7.1.2) ovenfor.

(4) *Dokumentasjon av domstolskapte regler om rimelighetsbedømmelse av rettsforhold*

(4.1) *Innledning*

Etter foretatte Lovdata-søk har jeg konkludert med at det fins et uoversiktlig antall høyesterettsavgjørelser der domstolskapte (ulovfestete) regler om

³⁷¹ Med tilslutning av dommerne Oftedal Broch, Stabel, Matningsdal og Dolva.

rimelighetsbedømmelse har kommet til anvendelse. Etter i første omgang å ha fått hele 3.006 treff på rettsavgjørelser med forekomst av søketermen «urimelig*», snevret jeg inn søket til «åpenbart urimelig*», som ga 186 treff. Deretter supplerte jeg med søk på ytterligere kjente varianter av kvalifikasjonsadverbet «åpenbart», og valgte ut fra det samlede materialet ut 7 rettsområder som egner seg for dokumentasjon av domstolskapte (ulovfestete) regler om rimelighetsbedømmelse av rettsforhold. Hovedutvalgskriteriene har vært (i) at rimelighetsbedømmelsen er det helt overveiende enkeltelementet i vedkommende rettsregel, (ii) at de aktuelle domstolskapte (ulovfestete) reglene antas å ha relativt stor praktisk betydning og (iii) at et representativt antall rettsområder skal dekkes.

Lovdata-søk 4.8.2007 på trunkerte former av søkeordet <rimelig> ga hele 6.697 treff, og av varianten <urimelig> 3.006 treff.³⁷² Først gjennom å tilføye kvalifiserende adverb til søketermen <urimelig>, f.eks. <åpenbart urimelig*>, fikk jeg en noenlunde håndterbar datamengde, nemlig 186 treff. Variasjonsrikdommen i ordbruken er her imidlertid betydelig: søketermen <klart urimelig*> ga 124 treff, <sterkt urimelig*> ga 71 treff, <grovt urimelig*> 35 treff, <svært urimelig*> 26 treff, <kvalifisert urimelig*> 17 treff, <konkr* // rimelighet*> 83 treff³⁷³ og <konkret rimelighet*> 35 treff. Ved å variere med <ubillig*> får man fram ytterligere, fortrinnsvis eldre, avgjørelser av relevans. Men ingen av disse forsøkene på å målrette Lovdata-søkingen ga treff på klassikeren blant høyesterettsavgjørelsene på dette feltet, Mortvedt-dommen, Rt 1951 s 19, fordi kvalifiseringsadverbet her er «så» urimelig.³⁷⁴

(4.2) *Rettspraksis om åpenbar urimelighet eller liknende som ugyldighetsgrunn i den materielle forvaltningsretten utenom skatteretten – «Mortvedt-formelen»*

(4.2.1) *Oversikt*

Det synes lenge å ha vært en festnet rettsoppfatning at *urimelighet av en viss styrke* må regnes som en tilstrekkelig betingelse for å statuere ugyldighet til gunst for den skadelidte ved domstolsprøvingen av forvaltningsvedtak som ikke er «strengt lovbundne». Mortvedt-dommen, Rt 1951 s 19, om gyldigheten av avslag på søknad om fornyelse av drosjebevillinger utelukkende med den begrunnelse at søkerne hadde vært passive medlemmer av NS under krigen, framstår ubestridt som den skjellsettende høyesterettsavgjørelsen om dette spørsmålet.

³⁷² Lovdata-søk gir dessverre bare mulighet til å avgrense søket til rettsavgjørelsens sammendrag. Ved søk i hele teksten gjelder treffallene søketermens usorterte forekomst både i partenes anførsler og i domspremissene i snevrere forstand.

³⁷³ Tegnene «//» er en operator for søk på nærstående ord, dvs ord som står i samme setning.

³⁷⁴ Det er også nedslående at Lovdata ikke har klart å etablere såkalte søkeklassetermer som fanger opp både bokmåls- og nynorskskriver, f.eks. den nynorskskrivende dommer Utgårds bruk av språkformen «urimeleg» i Alst-dommen, Rt 2001 s 640, som jeg går nærmere inn på i avsnitt (4.3) nedenfor.

Dommen er seinere direkte påberopt bare i to seinere avgjørelser; den første var Seljelid-dommen, Rt 1957 s 1190, hvor samme rettsregel ble fastholdt. Dernest forsøkte staten forgjeves å påberope Mortvedt-dommen som argument for å skille i sak i huttiheitadommen, Rt 1961 s 1049.

Den sentrale passasjen i Mortvedt-dommen, formulert av førstvoterende dommer Nygaard³⁷⁵, lød slik:

«... Det står for meg som et åpenbart støtende resultat at de fire eldre drosjeeiere skulle være utelukket fra sitt gamle yrke på grunn av passivt medlemskap i N. S. når de hadde betalt sine bøter og endog fått sine [s 24] rettigheter igjen. Tross den adgang som domstolene etter vår rett har til å kontrollere forvaltningsorganenes utøvelse av "det frie skjønn" er begrenset – jf Castberg: Innledning til forvaltningsretten s 134 flg – er dette resultat etter min mening så urimelig og så stridende mot alminnelig samfunnsoppfatning at Samferdselsdepartementets avgjørelse av 21. oktober 1950 må ansees rettsstridig og derfor erklæres ugyldig. ...» (Rt 1951 s 19 på s 23 siste avsnitt flg. Min kursivering.)

Et karakteristisk vitnebyrd om Mortvedt-dommens gjennomslagskraft må være at dommen ble viet forholdsvis brei omtale i Forvaltningslovutredningen 1958 (s 377). Mortvedt-dommen var også det uendrete dreiepunktet for temaet urimelighet som ulydighetsgrunn for forvaltningsvedtak under «fritt skjønn» i de fire utgavene av Eckhoffs «Forvaltningsrett».³⁷⁶

Tilslutningen til Mortvedt-dommens urimelighetsregel, som jeg har valgt å kalle «Mortvedt-formelen», synes noe paradoksalt å ha lagt dette rettsspørsmålet dødt for grundigere tematisering, både i teori og praksis. Det er ikke min ambisjon å bøte fullt ut på dette her, men en kortere redegjørelse er vanskelig å komme forbi.³⁷⁷

Problemstillingen kan kort formuleres som et spørsmål om hva som er den rettslige betydningen av den kvalifiserende «så urimelig»-formuleringen i Mortvedt-dommen, eller mer presist:

- (i) Har det noen rettslig betydning at teori og praksis etter Mortvedt-dommen vekselvis har brukt «åpenbart» urimelig, «sterkt» urimelig, «så sterkt» urimelig, «grovt» urimelig, «høygradig» urimelig eller «klart» urimelig mv for å betegne den graden av urimelighet som trengs for å sette et tyngende forvaltningsvedtak til side?
- (ii) Hvordan bør denne ordbruken i teori og praksis bedømmes, vurdert i forhold til den realitet at Justisdepartementet ikke ønsket å be Stortinget

³⁷⁵ Med tilslutning fra dommerne Dæhli, Wold, Kruse-Jensen og justitiarius Stang. I spørsmålet om Høyesterett også skulle gi dom for realiteten (gi drosjebevilling), eller nøye seg med å kjenne bevilingsavslaget ugyldig, var det dissens 3–2 i favør av førstnevnte løsning.

³⁷⁶ Se Eckhoff 1978 (s 268), Eckhoff 1982 (s 268), Eckhoff 1989a (s 268) og Eckhoff 1992 (s 268).

³⁷⁷ Som ledd i en nærmere analyse av domstolskontrollen med forvaltningsvedtak etter norsk rett ville det være nærliggende å gå grundigere inn på rimelighetskontrollen enn det som hittil har vært vanlig i juridisk litteratur. Graver (2002 s 114 flg, særlig på s 119 og 123; uendret i 2007 s 109 flg, særlig på s 114 og s 118) behandlet rimelighetskontrollsspørsmålene som ledd i drøftelsen av «nøytralitet» og «saklighet». Et slikt dispositivt grep bidrar neppe til å sette sterkere søkelys på domstolenes kontroll med rimeligheten til forvaltningsavgjørelser.

om å vedta noen tilsvarende kvalifisering av urimelighetsbestemmelsen da den alminnelige formuerettslige lempningsbestemmelsen i Avtl § 36 ble fremmet i 1982?

Et passe startpunkt for drøftelsen er holdningen til vår ledende prosessrettsvitenskaper i mellomkrigstida, Jon Skeie, som også Forvaltningslovutredningen 1958 tok utgangspunkt i.³⁷⁸ Skeies standpunkt var at «åpenbar urimelighet» ikke var nok for å statuere ugyldighet ved prøvelsen av forvaltningsskjønnet. Urimeligheten måtte dessuten være utslag av «ond vilje», «grov uforstand» eller «grov forsømmelse» (Skeie 1929 s 95 første avsnitt). Dette restriktive synet hadde ikke Skeie bare grepet ut av lufta – Ekebergbaneskjønnet-dommen, Rt 1925 s 896, hadde gitt klar beskjed om at

«[n]aar et skjøn søkes kuld kastet av retten – ikke paa grundlag av særlige paaberopte faktiske eller retslige mangler – men alene under paastand om, at skjønnet, takstene, er saa aabenbart urimelige, at avgjørelsen ikke kan opretholdes som et virkelig og forsvarlig skjøn, maa der stilles ganske strenge fordringer til beviset for holdbarheten av et saadant annullationsgrundlag. ...» (Rt 1925 s 896. Rt-redaktørens sammendrag.)

Frede Castbergs syn på «åpenbar urimelighet» eller liknende som ugyldighetsgrunn var i «Innledning til forvaltningsretten» (1938) ikke fullt så restriktivt som Skeies. Men også Castberg stilte som betingelse for ugyldighet at forvaltningsvedtaket var «så urimelig» at det måtte «betraktes som vilkårlig, og derfor ulovlig» (1938 s 136 siste avsnitt. Min kursivering), bl.a. under henvisning til den nettopp nevnte dommen. Castberg anerkjente altså ikke «åpenbar urimelighet» eller liknende som en sjølstendig ugyldighetsgrunn for forvaltningsavgjørelser som involverer skjønnsutøvelse.

I juridisk litteratur synes det å ha vært Johs. Andenæs som i artikkelen «Domstolene og administrasjonen» (1947) brøytet vei for Mortvedt-dommen. Det gjorde han ved å tematisere domstolskontrollen med forvaltningsvedtak (s 195 flg). Han grep bl.a. fatt i tesen om at domstolene ikke kunne prøve utøvelsen av den administrative skjønnsmyndighet, og drøftet denne nærmere etter å ha rubrisert forvaltningsskjønnet i tre kategorier: rettsanvendelsesskjønn, hensiktsmessighetsskjønn og verdiskjønn. Den reelle betydning av domstolenes prøvelsesrett berodde etter Andenæs' vurdering «helt på hvor vide grenser loven setter for det administrative hensiktsmessighetsskjønn» (s 196 tredje avsnitt). Hva angår «direkte maktmisbruk» framhevet Andenæs betydningen av Raadhushospits-dommen, Rt 1933 s 548.³⁷⁹ I forlengelsen av dette skreiv Andenæs at det «i den aller seneste

³⁷⁸ Se Forvaltningslovutredningen 1958 s 377 andre spalte andre avsnitt.

³⁷⁹ Det er etter mitt syn grunn til å gjenlese Raadhushospits-dommen med friske øyne: At Arbeiderpartiets representanter i formannskapet ikke ville fornye skjenkebevillingen til en hotelleier som hadde sparket ut de fagorganiserte og fortsatte driften med – iallfall moralsk betraktet – streikebrytere, er ikke bare «et sterkt og saklig standpunkt sett fra arbeiderklassens synspunkt», som dommen på s 550 tredje avsnitt siterte Arbeiderbladet for å ha hevdet til forsvar for formannskapetets vedtak. Dette hensynet måtte også i dag kunne forsvares som et legitimt hensyn å legge hovedvekten på.

tid er en viss tendens hos domstolene til å strekke denne kontrollmyndighet noe lenger enn tidligere» (s 197 andre avsnitt). I denne sammenheng framhevet han Eidsivating lagmannsretts kjennelse, trykt i Rt 1946 s 918, hvor en «åpenbart urimelig» rekvisisjon av husrom var blitt tilsidesatt som lovstridig. I Mortvedt-dommen startet Høyesterett mao ikke med blanke ark.

I Forvaltningslovutredningen 1958, hvor det ikke ble fremmet noe forslag til lovregulering av dette spørsmålet, ga utvalget tilsynelatende sin tilslutning til Mortvedt-dommen med følgende ord:

«... Det er klart at man beveger seg på usikker grunn når spørsmålet er å oppheve et skjønn fordi det er “støtende” eller “urimelig”. Men så “åpenbart urimelig” kan et skjønn være at det ikke er et virkelig skjønn, men et vilkårlig vedtak, og domstolene har da adgang til å sette det til side. ...» (Forvaltningslovutredningen 1958 s 377 andre spalte tredje avsnitt.)

Men dette utsagnet ble fulgt opp av klart kritiske ytringer om dommen, herunder denne:

«Å fastslå som alminnelig regel at domstolene kan prøve om et forvaltningsskjønn er “åpenbart urimelig”, gir ... ikke noen god avgrensning og kan føre til utglidning. Går domstolene for langt i sin prøving av forvaltningsskjønnet, løper de en fare for å komme over på et område som ikke er rettspleie, men forvaltning. Domstolene blir da selv forvaltningsorgan, og dette vil i det lange løp gå ut over den uavhengighet og objektivitet som er så avgjørende, dersom rettspleien skal fylle sin oppgave.» (Forvaltningslovutredningen 1958 s 377 andre spalte siste avsnitt.)

Ut fra denne gjengivelsen synes det treffende at høyesterettsdommer Finn Hiorthøy noen år seinere hevdet at Forvaltningslovutredningen 1958 «her har mant til forsiktighet» (1967 s 172 første avsnitt). Men når Hiorthøy (samme sted) uttalte at det i den seneste tid synes å ha funnet sted en «tilstramming» i Høyesteretts tilbøyelighet til å underkjenne en forvaltningsavgjørelse som er åpenbart urimelig, framstår det – iallfall 40 år seinere – som en nokså luftig betraktning.³⁸⁰

Jan Fridthjof Bernt og Erik Boe ga i 1978, i hver sin lengre *TfR*-artikkel om ugyldige hensyn i forvaltningsretten, uttrykk for synspunkter på domstolenes prøvelsesrett i forhold til forvaltningsavgjørelser som ikke støttet opp om Hiorthøys negative oppfatning av Mortvedt-dommen. Bernt 1978 greip fatt i de to drosjebevillingsdommene, Mortvedt-dommen og Seljelid-dommen (Rt 1952 s 1190), og etter å ha sammenholdt dem med to andre dommer, Rt 1973 s 153³⁸¹, og fjærkrefarndommen, Rt 1973 s 460 (dissens

³⁸⁰ Hiorthøys 40 år gamle betraktning har blitt gjengitt – uten kritisk evaluering – i de to siste utgavene av Gravers «Alminnelig forvaltningsrett» (2002 s 119 nestsiste avsnitt; 2007 s 114 nestsiste avsnitt).

³⁸¹ Dommen gjaldt lovligheten av et forelegg (løpende tvangsmulkt) fra plan- og myndighetene om opphør av ulovlig bruk av bolighus, som var delvis bruksendret til bruk som arkitektkontor. Kommunen ble frifunnet for ugyldighetspåstanden; herunder førte anførselen om urimelig hard reaksjon ikke fram.

4–1)³⁸², ga han uttrykk for følgende syn på spørsmålet om domstolenes vilje til å gå inn på spørsmålet om forvaltningsavgjørelsers urimelighet:

«... Det dommene illustrerer, er først og fremst at spørsmålet om hvor vidtgående forsvarelighetskrav som vil bli stilt til forvaltningens skjønnsmessige avveining, forholdsmissighetsprinsippets “intervensjonsterskel”, må avgjøres konkret fra saksområde til saksområde. ... (Bernt 1978 s 262 fjerde avsnitt.)

I en utpenslende drøftelse av urimelighetsterskelen ga Bernt uttrykk for at det måtte være et ledende synspunkt om den «ulempe som påføres vedkommende part [s 264] faller utenfor rammen av det som må oppfattes som en påregnelig følge av lovens regler og fullmakter» (s 263 siste avsnitt flg.).

Boe 1978 var opptatt å forhindre at forvaltningen overeksponerer hensyn utenfor formålet på bekostning av de interesser loven skal tilgodese. I denne sammenhengen formulerte han den sentrale problemstillingen slik:

«... Kan det ikke være urettmessig å legge urimelig stor vekt på enkelte hensyn *innenfor* formålet? Må det i så fall kreves at avgjørelsen blir “så urimelig og stridende mot alminnelig samfunnsoppfatning at avgjørelsen må anses rettsstridig” (Mortvedt-dommen ...). Eller er dette bare en ugyldighetsbetingelse? [s 386] Spørsmålet er mao om ikke misbrukskriteriene bør gis et slikt innhold at forvaltningsskjønnet blir videre mht hva som kan være relevant, men snevrere mht hva administrasjonen kan legge stor vekt på uten å overskride sin kompetanse.» (Boe 1978 s 385 siste avsnitt flg.)

Den utvidelse av lovlighetskontrollen i bredden som Boe gikk inn for, ville medføre en nokså sammensatt vurdering før man kunne komme til noen konklusjon. Men

«... [m]angfold leder slett ikke alltid til nagende tvil, for som oftest med helhetsvurderinger er det lettere å foreta dem enn å beskrive dem. Dette gjelder ikke minst i spørsmål om myndighetsmisbruk, hvor forvaltningstjenestemennene har en ganske pålitelig veiviser i sitt “judicium” eller om man vil: i sin umiddelbare rettfølelse av hva som “går an” og “ikke går an”. (Boe 1978 s 396 første avsnitt.)

En paradoksal vending i argumentasjonen til Boe 1978 var at en slik mer mangefasettert helhetsvurdering ville redusere behovet for urimelighetskontroll i snever forstand i forhold til denne type forvaltningsavgjørelser. Om dette løsningsforslaget hevdet Boe følgende:

³⁸² Dommen gjaldt et erstatningskrav for tap som følge av et pålegg fra helserådet om opphør av fjærkrefarmdrift i nærheten av Jonsvatnet, drikkevannreservoaret for Trondheim. Pålegget, som den private part oppfattet som et pålegg om totalt opphør, ble etter klagebehandling begrenset, men da var skaden allerede skjedd. Vedkommende fikk medhold i ca fjerdeparten av sitt erstatningskrav, «fordi helserådets vedtak gikk lenger enn nødvendig; ... satte en urimelig kort frist, påbød fullstendig opphør og ... etter sin form og sitt innhold [var] egnet til å gi Tørø inntrykk av at fjærkredrift for fremtiden ikke ville være tillatt» (s 467 andre avsnitt). En dommer stemte for å gi vesentlig høyere erstatning. Etter min mening er ikke denne dommen spesielt velegnet til å illustrere domstolenes urimelighetskontroll med forvaltningsavgjørelser. Urimeghetsbetraktningene inngikk i dommen i en alminnelig vurdering av skyldansvar for ugyldige kommunale pålegg.

«Det er etter mitt syn ikke noen ulempe at vi delvis utvisker grensen mot “høygradig urimelighet”. Samme type av bedømmelseskriterium må brukes til å svare på om noe er helt irrelevant som til å avgjøre om det er overeksponert i forhold til andre omstendigheter. Det skal bare mer til for at f.eks. sideordnete hensyn skal kunne virke tungtveiende, enn for at de skal kunne spille en underordnet rolle for skjønnet. ...» (Boe 1978 s 397 andre avsnitt.)

Det foran gjengitte standpunktet til *Bernt* 1978 fikk for øvrig forsiktig, men klar støtte av *Boe* 1981 (s 48 flg avsnitt IV.1), i en artikkel som i likhet med Bernts artikkel primært tok sikte på å drøfte hvor fritt det «frie» forvaltningsskjønnet er, i et domstolskontrollperspektiv.

Det mest interessante – i et tilbakeskuende perspektiv – med Bernts og Boes standpunkter i artiklene fra 1978 og 1981, er deres innplassering av urimelighetskontrollen i deres (sammenfallende) program for en mer sammensatt og omfattende domstolskontroll med forvaltningsavgjørelser. Sjøl om urimelighetskontrollen er mitt perspektiv her, er jeg ikke uenig i at en slik kontroll i forvaltningsrettslig kontekst bare utgjør en mindre del av det repertoaret domstolene rår, og bør rå, over.

I førsteutgaven av «Forvaltningsrett», 1978, i et avsnitt om vilkårlighet, urimelighet og forskjellsbehandling som ugyldighetsgrunn for forvaltningsavgjørelser underlagt fritt skjønn, hadde *Eckhoff* uttalt at «uten hensyn til hvordan et vedtak er begrunnet, har domstolene ansett seg berettiget til å sette det til side hvis de finner at *resultatet er sterkt urimelig*» (s 267 siste avsnitt). Etter en kort drøftelse ga *Eckhoff* uttrykk for at «[h]ovedinntrykket» av rettspraksis om urimelighet som ugyldighetsgrunn for forvaltningsavgjørelser er at «det skal svært meget til for at domstolene vil underkjenne forvaltningsavgjørelser av denne grunn» (1978 s 268 siste avsnitt). I forlengelsen av denne formuleringen, som ble gjentatt i de tre følgende utgavene av boka som *Eckhoff* sjøl utga, har Eivind Smith supplert med sin egen, noe skarpere kritikk av Mortvedt-formelen – og denne kritikken er temaet for drøftelsen i neste avsnitt.

(4.2.2) *Vurdering av rettsgrunnlaget for Eivind Smiths forsiktige høyning av terskelen for anvendelse av Mortvedt-formelen*

Eivind Smiths forsiktige høyning av terskelen for anvendelse av Mortvedt-formelen har kommet fram i hans bearbeidete nyutgaver av *Eckhoffs «Forvaltningsrett»*, seinest i *Eckhoff og Smith* 2006 (s 381 pkt 3), der Smith har supplert *Eckhoffs* nettopp gjengitte kritiske bemerkning til urimelighetssensur av forvaltningsavgjørelser med følgende utsagn:

«... I lys av utgangspunktet om at forvaltningen skal opptre i samsvar med lov og rett ... mens loven som utgangspunkt må tolkes slik at det er opp til forvaltningen selv å ta standpunkt til hva som er hensiktsmessig eller rimelig ... er det neppe grunn til å beklage en slik rettstilstand.» (*Eckhoff og Smith* 2006 s 382 første avsnitt.)

De høyesterettsavgjørelsene som Eivind Smith påberopte til støtte for sitt syn er (i) Rt 1991 s 973, (ii) Rt 1995 s 738 (KMU), (iii) Rt 1997 s 374 og (iv) Rt 1997 s 1784. Etter mitt syn gir imidlertid verken disse avgjørelsene – eller seinere høyesterettspraksis – grunnlag for Eivind Smiths utydeliggjøring av den ugyldighetsgrunn som ble uttalt gjennom Mortvedt-dommen. Jeg skal kort ta for meg de fire avgjørelsene:

(i) I Rt 1991 s 973, som gjaldt spørsmålet om en dobbeltdrapsdømt skulle ha lukket eller åpen sikring, var rekkevidden av domstolskontrollen et sentralt tvistetema. Staten ble frifunnet for påstanden om at vedtaket om lukket sikring var ugyldig, og i denne forbindelse uttalte Høyesterett at den reint skjønnsmessige siden ved valg av sikringsmidler ikke kunne overprøves fullt ut. Når det gjaldt spørsmålet om tilsidesettelse av sikringsvedtaket som «grovt» urimelig, understreket førstvoterende dommer Schei³⁸³ at domstolskontrollen på dette punkt «må skje i lys av de vesentlige rettssikkerhetshensyn som gjør seg gjeldende» (s 983 tredje avsnitt). Når det gjaldt vurderingen av urimeligheten, kom Høyesterett etter en konkret vurdering av flere sentrale momenter til at vedtaket verken kunne anses som vilkårlig eller «grovt» urimelig (s 985 siste avsnitt flg).³⁸⁴ Etter min mening indikerer dommen ingen høyning av urimelighetsterskelen i forhold til Mortvedt-dommen.

(ii) Kjennelsen i Rt 1995 s 738 (KMU) gjaldt tolkningen av Forurensningsloven 13.3.1981 nr 6 § 18(2), jf § 18(3), som åpner for tilbake-trekking etter 10 år av en tillatelse til virksomhet som kan volde forurensning. Kjæremålsutvalget (dommerne Hellesylt, Halvorsen og Schei) uttalte at den konkrete vektleggingen, ved avveining av kostnadene og tapet for forurenseren mot godet som oppnås ved at forurensningskilden fjernes, «til-ligger det forvaltningen å avgjøre», fordi dette «er inkommensurable størrelser» som «vanskelig [kan] avveies mot hverandre ut fra rettslige kriterier» (s 741 tredje avsnitt). Derfor konkluderte dommerne med at domstolene ikke kunne overprøve det konkrete skjønn over om tillatelsen burde tilba-kekalles, ut over det å kontrollere

«... at forvaltningen har trukket inn de relevante hensyn ved sin vurdering og at det konkrete skjønn ikke er så sterkt urimelig at vedtaket av den grunn må underkjennes. ...» (Rt 1995 s 738 (KMU) på s 741 fjerde avsnitt.)

Etter min mening svekker heller ikke denne kjæremålsutvalgskjennelsen Mortvedt-formelen. Henvisningen til urimelighet som ugyldighetsgrunn var som det ses nokså summarisk, og den nøyaktige ordbruken lå innenfor «hovedfeltet» av de ord som har vært mest brukt, jf redegjørelsen i avsnitt

³⁸³ Med tilslutning fra dommerne Hellesylt, Dolva, Lund og Aasland.

³⁸⁴ I denne dommen brukte førstvoterende dommer Schei termene grovt og sterkt urimelig om hverandre. Grovt urimelig ble nyttet på s 983 tredje avsnitt. Da drøftelsen av urimelighetsansførselen startet på s 985 siste avsnitt nyttet dommer Schei termen sterkt urimelig. Men da han konkluderte drøftelsen på s 986 andre avsnitt var det termen grovt urimelig som ble brukt.

(4.2.1) ovenfor. Dersom det hadde vært mulig å trekke noen materielle slutninger fra kjennelsen om KMUs syn på Mortvedt-formelen, ville slike slutninger uansett hatt begrenset vekt, fordi Kjæremålsutvalget er en «underordnet» domstol. Høyesterett har i avdeling flere ganger i de seinere åra uten nærmere problematisering fraveket KMU-kjennelser. For folk med erfaring fra rettslivet er det dessuten vel kjent at kvaliteten på KMU-kjennelsene varierer ganske mye.

Om det var en klok avgjørelse å beslutte at skjønnnet etter de nevnte bestemmelser i Forurensningsloven ikke burde kunne overprøves fullt ut av domstolene, er en annen problemstilling – som jeg ikke går nærmere inn på her.

(iii) Tilknytningsavgiftdommen, Rt 1997 s 374, gjaldt lovligheten av Bergen kommunes lokale forskrift om at *bygningens areal* skulle være målestokken for beregning av tilknytningsavgift for vann og kloakk. Saksøkeren, Hakon Eiendom Bergen AS, anførte at *vannforbruket* ga en bedre målestokk for fordelingen av kommunens kostnader med å betjene den enkelte eiendom med vann- og kloakkanlegg. En slik målestokk ville ha redusert tilknytningsavgiften for selskapets lagerbygg til en femtedel etter den beregning som selskapet sjøl hadde foretatt, og dermed skulle motivet for saksanlegget ikke være vanskelig å forstå. Hakon Eiendom Bergen AS fikk verken medhold i sin lovtolkning eller i sin subsidiaire anførsel om at det hadde skjedd en usaklig forskjellsbehandling. Atter subsidiært hadde selskapet påberopt seg åpenbar urimelighet som ugyldighetsgrunn, men fikk heller ikke medhold på dette grunnlaget. Førstvoterende dommer Tjomsland³⁸⁵ uttalte i denne forbindelse følgende:

«... Det skal meget til før en forvaltningsavgjørelse [s 383] kan underkjennes med den begrunnelse at den er kvalifisert urimelig, jf *Eckhoff og Smith*: Forvaltningsrett 6. utg s 300–301 med videre henvisninger. ... [Jeg finner] det klart at bedriftens relativt beskjedne vannforbruk ikke kan medføre at vedtaket innebærer en slik urimelighet at det er ugyldig. Jeg finner også grunn til å fremheve at det her mer er spørsmål om å vurdere konsekvensene av en generell ordning enn et konkret avgiftsvedtak.» (Rt 1997 s 374 på s 382 siste avsnitt flg.)

Jeg kan heller ikke se at denne dommen svekker Mortvedt-formelen – henvisningen til Eckhoff og Smith kan iallfall ikke tas som sjølstendig argument for det.³⁸⁶ Jeg legger da særlig vekt på den siste setningen i sitatet, som jeg oppfatter som kjernen i førstvoterendes begrunnelse. Å vike tilbake for å konstatere (kvalifisert) urimelighet i et enkelttilfelle, når man ser på dette som et eventuelt regelproblem, altså en lovgiverutfordring, er ingen ukjent dommerstrategi. Jeg vil likevel karakterisere avgjørelsen som feig,

³⁸⁵ Med tilslutning fra dommerne Dolva, Gjølstad, Aarbakke og Skåre.

³⁸⁶ Det må unektelig regnes som en påskjønnelse for en juridisk lærebokforfatter hver gang hans eller hennes arbeid blir påberopt til støtte for en avgjørelse av Høyesterett, men jeg har vanskeligheter med å se at en så rundelig påberoping som i dette tilfellet kan tas til inntekt for en skjerpet holdning fra Høyesterett i saker om urimelighetssensur av forvaltningsavgjørelser.

fordi en underkjenning av den konkrete avgjørelsen trolig ville ha framtvunget en regelreform. Når Høyesterett viker tilbake for å treffe en konkret rimelig avgjørelse, fordi det er regelen som er urimelig, er man på kollisjonskurs med det moralske prinsipp jeg slår til lyd for i dette kapitlet.³⁸⁷

(iv) Den siste rettsavgjørelsen som Eivind Smith påberopte til støtte for et restriktivt syn på anvendeligheten av Mortvedt-formelen, var «bortfall av bosettingstillatelse»-dommen, Rt 1997 s 1784 (dissens 3–2). Eivind Smith konkretiserte ikke hva han nærmere mente med sin lovtolking, og nevnte ikke engang at dommen er en dissensavgjørelse. I denne saken hadde en norskpakistaner, født i 1941, som etter sammenhengende opphold i Norge i 1972–88 hadde fått bosettingstillatelse her, tatt opphold i Pakistan i den følgende femårsperioden for å dra omsorg for sin syke far, avbrutt bare av kortere opphold i Norge. Utlendingsmyndighetene tok da det standpunkt at vedkommende hadde tatt «bopel» i Pakistan i mer enn to år sammenhengende, slik at bosettingstillatelsen automatisk var bortfalt i medhold av Utlendtl § 12(4) første setning, jf Utlendingsforskriften § 49(2), slik disse bestemmelsene da lød. Ny oppholdstillatelse ble trass i klage nektet på alle påberopte rettsgrunnlag, herunder «sterke menneskelige hensyn» eller «særlig tilknytning til riket» etter Utlendtl § 8(2). Flertallet på tre dommere³⁸⁸ opprettholdt avgjørelsen på det rettsgrunnlaget som utlendingsmyndighetene hadde lagt til grunn.

Om norskpakistanerens anførsel om at avslaget om opphold i medhold av Utlendtl § 8(2) måtte tilsidesettes som «grovt urimelig», uttalte dommer Rieber-Mohn innledningsvis:

«... Jeg innskyter at avgjørelsen av en søknad om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag ligger innenfor forvaltningens frie skjønn og er i utgangspunktet unndratt domstolenes prøvningsrett. Det skal svært mye til for å sette et forvaltningsvedtak til side alene på det grunnlag at vedtaket er grovt urimelig. ... Avgjørende blir da en helhetsvurdering av om A må sies å ha en så klar og sterk "tilknytning til riket" at det er grovt urimelig ikke å gi ham oppholdstillatelse. ...» (Rt 1997 s 1784 på s 1795 andre avsnitt.)

Etter deretter å ha uttalt at «[e]t moment i rimelighetsvurderingen vil være om A uforskyldt var kommet i den situasjon at hans bosettingstillatelse var bortfalt, og om forvaltningen er å bebreide for mangelfull eller villedende informasjon om bortfallsgrunnene» (s 1795 tredje avsnitt), drøftet dommer Rieber-Mohn disse momentene og konkluderte med at ingen at dem var oppfylt. Så viste dommer Rieber-Mohn til de konkrete anførsler fra norskpakistaneren om hans særlige tilknytning til riket som allerede var gjengitt innledningsvis, og ga deretter følgende avgjørende begrunnelse for at kriteriet «grovt urimelighet» ikke var oppfylt i dette tilfellet:

³⁸⁷ Denne problemstillingen kommer jeg tilbake til i avsnitt 3.2.4(2.4) nedenfor.

³⁸⁸ Førstvoterende dommer Rieber-Mohn, med tilslutning fra dommerne Schei og Holmøy.

«... Men det må i helhetsvurderingen [s 1796] også tas i betraktning at han oppholdt seg i Pakistan nær sagt sammenhengende fra 1988 til 1993, og at hans kone og seks av barna alltid har bodd i Pakistan, med en reservasjon for en av sønnene som gikk på skole i Norge fra 1992 til 1995. Videre er hans eldste sønn norsk statsborger. Hans familiemessige tyngdepunkt har således aldri vært i Norge.

Det vesentlige for meg er imidlertid at en avveining av disse momentene ligger innenfor utlendingsmyndighetenes frie skjønn etter lovens § 8 annet ledd. Vi befinner oss langt unna en situasjon hvor myndighetenes avslag på en søknad om oppholdstillatelse kan karakteriseres som så kvalifisert urimelig at vedtaket må anses ugyldig.» (Rt 1997 s 1784 på s 1975 siste avsnitt flg.)

Det man etter flertallsavgjørelsen i denne saken kan oppsummere, er først og fremst at disse dommerne mente at forvaltningen burde få beholde et større domstolskontrollfritt vurderingsspillrom i saker etter Utlendl § 8(2). Verdt å merke seg er videre dette flertallets uttalelse om at vedkommendes familiemessige tyngdepunkt fortsatt var i Pakistan, noe som opplagt må ha spilt inn ved vurderingen av oppholdsnektelsens urimelighet. Men som jeg allerede har framhevet i avsnitt (3.4) foran, er det mye som tyder på, jf den enstemmige dommen i Rt 2008 s 681, at domstolene har lagt seg på en særskilt tilbakeholden linje, i akkurat denne sakstypen. Denne situasjonen er etter min mening beklagelig, men man bommer lett, hvis man med utgangspunkt i saker om kriteriet «sterke menneskelige hensyn» i Utlendl § 8(2) trekker vidtgående slutninger om Høyesteretts syn på Mortvedt-formelens generelle anvendelighet i saker om lovligheten av forvaltningsavgjørelser.

Flertallsynet i Rt 1997 s 1784 gir etter mitt syn i høyden en indikasjon om at terskelen for å kunne lykkes med en anførsel om urimelighet som ugyldighetsgrunn på utlendingsrettens område er høyere enn på andre forvaltningsområder. At statssuvereniteten oftere slår igjennom i konkurransen med enkeltindividets behov innenfor utlendingsretten bør imidlertid ikke overraske noen som har fulgt med i innvandringspolitiske spørsmål gjennom de siste tiåra. Som kjent er også situasjonen ved Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) slik at det er en svært høy terskel for å få underkjent oppholdsnektelser og liknende som stridende mot EMK art 8, dvs som uforenlig med 'pressing social need'-begrepet som EMD har innfortolket i denne artikkelen.

Mindretallet i Rt 1997 s 1784, dommerne Matningsdal og Skåre, ville løse tvisten i favør av vedkommende norskpakistaner på det grunnlag at utlendingsmyndighetenes tolking av betegnelsen «bopel» i Utlendl § 12(4) var feilaktig. Disse dommerne la til grunn at bestemmelsen bare hadde som siktemål å ramme opphold i bosettingshensikt, ikke ethvert sammenhengende faktisk opphold. Mindretallet drøftet dessverre ikke det subsidiære rettsgrunnlaget som er i fokus her – urimelighet som ugyldighetsgrunn – så det er ikke flere argumenter å hente i deres votum.³⁸⁹

³⁸⁹ På bakgrunn av denne dissensen fant regjeringen det mest betryggende å fremme en proposisjon om å endre lovteksten i Utlendl § 12(4), slik at «faktisk opphold» likestilles med «bopel» som bortfallsgrunn for en gitt bosettingstillatelse. Se Ot prp nr 17 og Innst O nr 42 (1998–99), sanksjonert som Lov 30.4.1999 nr 22.

Etter denne drøftelsen er det etter mitt syn forsvarlig å sammenfatte at Eivind Smith hadde spinkelt grunnlag i disse fire rettsavgjørelsene for en slik forsiktig høying av terskelen for anvendelse av Mortvedt-formelen som han foretok i *Eckhoff og Smith* 2006 (s 382 første avsnitt).

(4.2.3) Øvrige tolkingsmomenter og sammenfatning

Åpenbar urimelighet etter Mortvedt-formelen har i domstolspraksis om prøving av forvaltningsavgjørelsers gyldighet flere ganger kommet i skyggen av andre ugyldighetsgrunnlag, f.eks. vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling, som er de to andre ugyldighetsgrunnlagene som tradisjonelt regnes med i myndighetsmisbrukslæren. Grove saksbehandlingsfeil og uforholdsmessighet er andre ugyldighetsgrunnlag som ofte vil overskygge urimelighet ved domstolsprøvelsen av forvaltningsavgjørelser, trolig fortrinnsvis i situasjoner hvor disse alternative ugyldighetsgrunnlagene har framstått som mer håndfaste.

I førsteutgaven av «Forvaltningsrett» (1978) framhevet Eckhoff at forskjellsbehandling bare betraktes som ugyldighetsgrunnlag «når den mangler saklig grunn eller virker sterkt urimelig eller urettferdig» (s 270 første avsnitt.³⁹⁰ Eckhoffs kursivering fjernet. Min kursivering). Eckhoffs synspunkt kan leses som et forsøk på konsolidering av Mortvedt-formelen i bredden.

I tredjeutgaven av den samme boka (1989a) skreiv Eckhoff om Isenedommen, Rt 1981 s 745, som i forvaltningsrettsundervisningen ofte framheves som typeeksemplet på *mangelfull begrunnelse* som ugyldighetsgrunn, at dommerne her trolig valgte å skjerpe kravet til begrunnelsen fordi de mente at vedtaket burde settes til side som urimelig (*Eckhoff* 1989a s 269 første avsnitt).

I utvisning av straffedømt-dommen, Rt 1998 s 1795, ble utvisningsvedtaket subsidiært anført å være så «høygradig» urimelig at det måtte underkjennes som ugyldig. Førstvoterende dommer Skoghøy³⁹¹ avfeide imidlertid denne anførselen med at den var blitt konsumert av anførselen om utvisningsvedtakets *uforholdsmessighet* – og anførselen om uforholdsmessighet fikk den utviste ikke medhold (Rt 1998 s 1795 på s 1808 siste avsnitt).³⁹²

Fra nyere forvaltningsrettslitteratur framhever jeg at *Boe* 1993b (s 712–14), under overskriften «Grenser og bånd på skjønnsutøvelsen», ga brei omtale av de tre kjente drosjebevillingsdommene, og understreket at det er det *grovt urimelige* forvaltningsskjønnet som kan rammes av domstolskontrollen:

³⁹⁰ Tilsvarende i *Eckhoff og Smith* 2006 (s 383 fjerde avsnitt).

³⁹¹ Med tilslutning fra dommerne Rieber-Mohn, Aarbakke, Stang Lund og Aasland.

³⁹² Dommen er også kommentert i avsnitt (3.2) foran.

«... Vi snakker ikke om vanlig rimelighetssensur, og slett ikke om hva domstolene ville ha gjort i forvaltningens sted. Skjønnnet må være *grovt* urimelig før det blir feil. ...» (Boe 1993b s 712 tredjesiste avsnitt.)

Bernt og Rasmussen 2003 (s 89 flg) drøftet – under overskriften «Forholdsmessighetsprinsippet» – klar urimelighet som ugyldighetsgrunn for forvaltningsavgjørelser, med utgangspunkt i Mortvedt-dommen, Seljelid-dommen og fjærkrefarndommen. Forfatterens konklusjon var at

«... [v]i må fortsatt regne med at det vil være en svært høy terskel før Høyesterett vil gå inn og sette til side en forvaltningsavgjørelse utelukkende med den begrunnelse at den er innholdsmessig urimelig – uforholdsmessig inngripende – overfor borgeren.» (Bernt og Rasmussen 2003 s 90 nestsiste avsnitt.)³⁹³

Jeg kan ikke fri meg fra det samlede inntrykk at standardlitteraturen i forvaltningsrett i for stor grad har vært preget av Eckhoffs betoning av en relativt høy terskel for domstolenes underkjenning av forvaltningsavgjørelser gjennom ulovfestet rimelighetssensur, og at disse rettsvitenskapene snarere har forsterket enn svekket Eckhoffs forsiktige advarsel mot å trekke for vidtgående slutninger av Mortvedt-dommen. Høyesterettspraksis i de vel 50 åra etter Mortvedt-dommen gir etter min mening likevel svak støtte for den vurdering at litteraturen har klart å påvirke domstolene til gradvis å skjerpe betingelsene for å anvende Mortvedt-formelen. Denne rettspraksisen gir riktignok heller ikke grunnlag for å trekke velbegrunnede slutninger om hvor Høyesterett vil plassere urimelighetsterskelen i konkrete saker i tida framover: ikke minst de mange dissensavgjørelsene på dette saksfeltet, som vel er uunngåelig, gjør det vanskelig å spå noe om framtidige urimelighetsterskler.

Floraen av forskjellige kvalifiserende adverb som har vært i bruk i dommene om urimelighet som ugyldighetsgrunn for forvaltningsavgjørelser («åpenbart» urimelig, «klart» urimelig «sterkt» urimelig, osv), er ikke noe imponerende eksempel på styring av rettsdannelsen gjennom høyesterettspraksis. På den andre siden gir denne variasjonen i språkbruken neppe grunnlag for å konkludere med at domstolenes tilbøyelighet til å sette forvaltningsavgjørelser til side som urimelige, har blitt mer restriktiv over tid.

I og med at Ombudsmannsloven § 10 bruker betegnelsen «klart urimelig» som ett av avgjørelsesgrunnlagene for Sivilombudsmannens virksomhet, se nærmere avsnitt 3.2.2(3.2) ovenfor, er det nærliggende å spørre om hva som kan være forklaringen på at ikke Høyesterett har samlet seg om denne betegnelsen som den omforente uttrykksmåten i saker hvor Mortvedt-formelen har vært påberopt.

Jeg vil medgi at det riktignok ikke er mulig å få øye på noen erklært kursomlegging hos Høyesterett i retning *økt* vektlegging av rimelighetshensyn som ugyldighetsgrunn i forvaltningsretten i løpet av siste mannsalder, ver-

³⁹³ Framstillingen her framstår etter min mening som et minste felles multiplum mellom Bernts egen argumentasjon bl.a. i *Bernt* 1978, som jeg presenterte i avsnitt 3.2.2(4.2.1) foran, og mer restriktive synspunkter fra Frihagens arbeider på 1970- og 1980-tallet, som ble ajourført i denne boka. Intensjonsdybden har neppe vært å bidra med noe vesentlig nytt om Mortvedt-formelens status per 2003.

ken etter mønster av lempningsregelen i Avtl § 36 eller som følge av «den menneskerettslige bølgen» fra slutten av 1990-tallet. På den andre siden har Høyesterett på noen forvaltningsrettsområder siden midt på 1990-tallet tydelig markert at visse spørsmål skal regnes som rettsanvendelsesspørsmål som er underlagt full prøvelsesrett. To saksområder peker seg klart ut: (i) naturfredningssaker og (ii) forholdsmessighetsvurderinger ved utvisning av utlendinger:

(i) I Nysætervatnet naturreservat-dommen, Rt 1995 s 1427 (dissens 4–1), valgte et flertall på fire dommere³⁹⁴ å overprøve fredningsvedtak etter Naturvernloven 19.6.1970 nr 63 § 8 fullt ut (herunder bestemmelsens betegnelse «spesiell naturtype»), sjøl om konklusjonen var at fredningsvedtakene var lovlige. Den dissenterende dommer Tjomsland, som ikke ville overprøve subsumsjonen, ville isteden avspise de rammete parter med en rett til å få prøvet om det forelå «så høy grad av urimelighet» (s 1435 siste avsnitt) at dette måtte få betydning for vedtakets gyldighet – og noen slik urimelighet mente han at det ikke forelå i denne saken.

(ii) Når det gjelder spørsmålet om uforholdsmessighet som skranke for utvisningsvedtak etter Utlendl §§ 29–30, vakte det en viss oppstandelse da Høyesterett i Rt 1995 s 72 valgte å plassere denne vurderingen som et tema underlagt fritt skjønn. Som jeg nevnte i avsnitt (3.4) foran, oppga Høyesterett denne linjen uttrykkelig i Rt 1998 s 1795, og det nye synet har fått tilslutning i to seinere dommer, Rt 2000 s 591 og Rt 2007 s 667.

Den første tilfellegruppa her gjaldt altså inngrep i eiendomsretten, mens den andre tilfellegruppa gjaldt en forvaltningssanksjon. I begge tilfellegruppene lar det seg hevde at Høyesteretts skjerpete prøvingsintensitet trolig var motivert av en grunninnstilling om at inngrepene var alvorlige. Følgelig er det et åpent spørsmål om denne policyen også vil kunne medføre en skjerpet alminnelig rimelighetssensur med forvaltningsavgjørelser.

Boe 2007, som bl.a. drøftet dommene som jeg har listet opp i (i) og (ii) foran (bortsett fra den aller ferskeste), hadde ikke domstolkontrollen med urimelige avgjørelser spesielt i sikte, men derimot prøvelsesintensiteten generelt. Boes vurdering var at høyesterettspraksis generelt har utviklet seg i retning av økt domstolskontroll (s 80 flg avsnitt 9). Dersom hans vurdering er holdbar, vil nok dette smitte over på rimelighetskontrollen også.

Etter mitt syn er det til avslutning, jf problemstillingen i avsnitt (4.2.1) foran, grunn til å stille spørsmål ved den utbredte utleggingen av Mortvedt-formelen som en rettsregel om at *bare* «sterk» urimelighet er en uskreven forvaltningsrettslig ugyldighetsgrunn, slik Eckhoff formulerte det i sin «Forvaltningsrett» (1978), og som Eivind Smith har videreført i sine utgivelser av boka etter Eckhoffs død, seinest i *Eckhoff og Smith* 2006. Hensett til Justisdepartementets begrunnelse for *ikke* å ville ta med noe kvalifise-

³⁹⁴ Førstvoterende dommer Backer, med presiserende tilslutning fra dommerne Aarbakke, Langvand og Sinding-Larsen.

rende adverb («klart» urimelig) i lempningsbestemmelsen i Avtl § 36³⁹⁵, vil jeg hevde at departementet her utviste mer klokskap i vurderingen av hva som bør være rammene for rimelighetssensur i formueretten, enn forvaltningsrettsvitenskapene har gjort i sine analyser av Mortvedt-formelen. Å kreve «sterk urimelighet» er nemlig (i) verken en udiskutabel omskriving av «så urimelig»-formuleringen i Mortvedt-dommen, eller (ii) konformt med foretrukne betegnelser i etterfølgende rettspraksis, jf detaljene fra mine Lovdata-søk i avsnitt (4.1) foran.³⁹⁶ Det kunne vært interessant å gå nærmere inn på om det er en ideologisk (politisk) sammenheng mellom favoriseringen av en høy terskel for underkjenning av forvaltningsavgjørelser av rimelighetsgrunner, og en «forvaltningsvennlig» grunninnstilling hos forvaltningsrettsvitenskapene flest. I forlengelsen av dette tankespoet kunne man spørre om en liberal grunninnstilling hos formueretsvitenskapene flest har bidratt til allmenn tilslutning til lempningsregelen i Avtl § 36.

(4.3) *Rettspraksis om åpenbar urimelighet og liknende som ugyldighetsgrunn i skatteretten*

Som framhevet i avsnitt (3.3) foran, har domstolene ved prøving av lovligheten av ligningsavgjørelser lagt seg på en svært restriktiv linje i forhold til spørsmålet om å tolke skattelovhjemler innskrenkende for å unngå konkret urimelige resultater. Jeg har følgelig ikke funnet noen høyesterettsdom som tilsidesetter en lignings lovlighet med den begrunnelse at resultatet er urimelig eller liknende.

Rt 1982 s 745, Nagell-Erichsen-dommen, som jeg også tok opp i avsnitt 3.2.1(2.3) foran, er vel det best kjente eksemplet på utbredelsen av en slik restriktiv holdning. Dommen er ellers lærebokseksemplet³⁹⁷ på en situasjon hvor Høyesterett nøyde seg med å utfordre Finansdepartementet til å fremme et lovforslag om å endre skatteloven, altså å anmode Stortinget om å endre rettssituasjonen *en gros*, istedenfor sjøl å endre den *i detalj*, for å låne en kjent formulering fra *C. Smith* 1996a (s 43 femte avsnitt). Førstvoterende dommer Aasland³⁹⁸ la imidlertid ikke skjul på at domsresultatet var urimelig for de private parter.³⁹⁹

Et litt eldre, men også typisk, eksempel er Wiik-dommen, Rt 1976 s 1019 (dissens 3–2), hvor en skattyter hadde solgt sin forretningseiendom til sin sønn for klar underpris (kr 117.000), og sønnen kort tid etterpå hadde

³⁹⁵ Se behandlingen av dette spørsmålet i avsnitt (3.10) foran.

³⁹⁶ Som det framgikk av avsnitt (4.1) foran, var søkene ikke avgrenset til forvaltningsavgjørelser, og heller ikke var de blitt brukt opp på bruk av termene henholdsvis av partene og i de egentlige domspremissene. Men tendensen er klar nok.

³⁹⁷ Se framstillingen i *Eckhoff* 1987a (s 314 siste avsnitt); likedan i *Eckhoff* 1993 (s 310 andre avsnitt); uendret i *Eckhoff og Helgesen* 2001 (s 378 nestsiste avsnitt). Se også *Boe* 1996 (s 297–99).

³⁹⁸ Med tilslutning fra dommerne Holmøy, Endresen, Hellesylt og Blom.

³⁹⁹ Rt 1982 s 745 på s 752 siste avsnitt

videresolgt eiendommen mot livsvarig føderåd, altså en årlig pensjonsytelse. Etter den dagjeldende Byskatteloven 1911 § 36 var det uomstridt at de årlige føderådsyttelsene var skattepliktig inntekt for sønnen – poenget med de suksessive ytelsene var nettopp å oppnå en beskjednere årlig beskatning enn dersom hele gevinsten var kommet til beskatning ved kontant betaling i salgsåret. Etter at skattefogden i medhold av Arveavgiftsloven satte til side den førstnevnte overdragelsessummen og beregnet arveavgift basert på en takst på kr 850.000, mente imidlertid sønnen at dette i sum ble grovt urimelig, og gikk til sak for å få omklassifisert de årlige pensjonsytelsene til avdrag på en kjøpesum lik det fastsatte avgiftsgrunnlaget ved arveavgiftsberegningen. Et flertall på tre dommere ga ham ikke medhold. Førstvoterende dommer Stabel⁴⁰⁰ kom i denne forbindelse inn på resultatets konkrete rimelighet gjennom følgende bemerkning:

«... Spørsmålet om den konkrete rimelighet av denne skattlegging går jeg ikke inn på.» (Rt 1976 s 1019 på s 1022 andre avsnitt.)

Fra de siste åras skattedommer hvor Høyesteretts avmålte holdning til å gå nærmere inn på resultatets konkrete urimelighet slår tydelig igjennom, framhever jeg Alst-dommen, Rt 2001 s 640. Stridsspørsmålet gjaldt verdien av den goodwill som Alst hadde fått betalt for, ved realisasjonen av sin personlige tannlegepraksis til et AS som han sjøl hadde stiftet og eide alle aksjene i. Førstvoterende dommer Utgård⁴⁰¹, som var enig med ligningsmyndighetene i at Alsts ligningsoppgaver var så mangelfulle at vilkårene for skjønnsligning etter Lignl § 8-1(1) tredje setning var oppfylt, uttalte følgende om resultatet av skjønnet:

«Eg kan ikkje sjå at det er grunnlag for å seie at skjønnsresultatet er grovt urimeleg eller vilkårlig.» (Rt 2001 s 640 på s 652 nestsiste avsnitt.)

Av sammenhengen framgår det at Høyesterett begrenset prøvelsen i tråd med sin generelle linje hva angår domstolsprøvelsen av forvaltningens skjønnsmessige avgjørelser, se avsnitt (4.2) foran.

Aker Maritime ASA-dommen, Rt 2004 s 1331, kan hevdes å markere en forsiktig nyansering når det gjelder viljen til konkret rimelighetsbedømmelse av en ligningsavgjørelse. I denne saken opprettholdt enstemmig Høyesterett den foretatte gjennomskjæring på ulovfestet grunnlag i forhold til en omdannelse som var blitt gjennomført i strid med en forskrift til Omdanningsloven 13.5.1991 nr 16. Imidlertid fikk skattyteren medhold i sin subsidiære anførsel om å få korrigere fradraget for konsernbidrag pga den foretatte inntektsøkningen. Staten anførte forgive (i avsnitt 21) at et slikt inntektsfradrag måtte være forbeholdt skattytere som hadde opptrådt lojalt. Det, anførte staten, hadde skattyteren ikke gjort her, og resultat måtte da være at avgjørelsen hørte under ligningsmyndighetenes skjønn, som ikke kunne settes til side fordi det ikke var kvalifi-

⁴⁰⁰ Med tilslutning fra dommerne Schweigaard Selmer og Heiberg. Mindretallet, dommerne Mellbye og Michelsen, ville avhjelpe skattyterens klare sjølskudd ved å tolke skattelovens pensjonsbegrep innskrenkende i samsvar med vanlig forståelse av ordet, altså som vederlag for utført arbeid.

⁴⁰¹ Med tilslutning fra dommerne Rieber-Mohn, Aarbakke, Flock og justitiarius Smith.

sert urimelig. Førstvoterende dommer Oftedal Broch⁴⁰² la mot statens syn avgjørende vekt på at den illojalitet som Finansdepartementet i en fortolkningsuttalelse hadde angitt som diskvalifiserende i forhold til retting av konsernbidragets størrelse under ligningsbehandlingen, ikke gjaldt illojal omgåelse av skattelovgivningen som nevnt, men bare hvor det var gitt «uriktige eller villedende opplysninger til ligningsmyndighetene» (avsnitt 68). Fordi skattyteren i sin selvangivelse ikke hadde forsøkt å holde noe tilbake hva angår faktiske opplysninger om den foretatte, lovstridige omdanningen, valgte Høyesterett mao å beskjære ligningsmyndighetenes skjønnsmessige kompetanse til å øke skattebyrden, men uten konkret å uttale at det resultatet staten gikk inn for, i den konkrete saken ville måtte regnes som urimelig. En slik begrunnelse kan likevel hevdes å ha ligget snublende nær.

(4.4) *Rettspraksis om urimelighetsmomentets betydning i forhold til tilbakevirkingsforbudet i Grl § 97*

Teorien til *Knoph* 1939 (s 182) om at vernet etter Grl § 97 var en «rettferdighetsstandard», som i utgangspunktet bare stanset tilbakevirkende lover som kunne karakteriseres som et «overgrep», har ikke bare slått gjennom i rettspraksis, men har også satt standarden for rettsvitenskapernes utsagn om denne grunnlovsbestemmelsen. Fra de seinere åra er det nok Borthen-dommen, Rt 1996 s 1415 [plenum], som – utenom Thunheim-dommen, Rt 1996 s 1440 [plenum], avsagt samme dag – er den sentrale rettsavgjørelsen. Borthen-dommen gjaldt lovligheten av Stortingets lovvedtak om å redusere det såkalte ektefelletillegget etter Ftrl 1966 § 7-7 (se nå Ftrl 1997 § 3-24) til pensjonister som forsørget ektefelle som ikke sjøl mottok alders- eller uførepensjon. Høyesterett kom enstemmig til at lovendringen ikke streid mot Grl § 97, men delte seg i to hva angår spørsmålet om Grl § 97 i det hele tatt vernet den enkelte mot denne typen innskrenkning av ytelser etter Folketrygdloven. Førstvoterende dommer Schei formulerte de premisene som flertallet av dommerne sluttet seg til, og som her er interessante ut fra det rimelighetskriterium som ble utpenslet for domstolenes prøvelsesrett.⁴⁰³ Dommer Schei innledet om dette spørsmålet med kort å hevde at praksis fra EMD ikke syntes å etablere noen beskyttelse mot inngrep som i den foreliggende sak (dommen på s 1429 siste avsnitt). Deretter uttalte han følgende om hvordan urimeligheten måtte kvalifiseres for å kunne anses stridende mot Grl § 97:

⁴⁰² Med tilslutning fra dommerne Utgård, Øie, Støle og Tjomsland.

⁴⁰³ De andre dommerne i flertallet var Aasland, Bugge, Dolva, Gjølstad, Lund, Gussgard, Stang Lund, Oftedal Broch, justitiarius Smith og – med særvotum – Backer. Mindretallet, dommer Tjomsland, med tilslutning fra dommerne Holmøy, Sinding-Larsen, Skåre, Hellesylt og Aarbakke, sluttet seg i resultatet til flertallet, men mente at Stortinget uten hensyn til Grl § 97 hadde kompetanse til fritt å endre den omstridte folketrygdytelsen – her forsørgertillegget som en pensjonist på nærmere vilkår etter Ftrl § 7-7 har krav på så lenge hans ektefelle ennå ikke er pensjonist. Mindretallet regnet nemlig forsørgertillegget som en ytelse som tilstås uavhengig av hva den enkelte har innbetalt i trygdeavgift, og dermed er knyttet til de til enhver tid gjeldende lovbestemmelser.

«Det kan spørres om “overgrep” er et adekvat stikkord for normen etter Grunnloven § 97. “Overgrep” leder nok tanken mer hen på noe som bare vil kunne være en teoretisk mulighet enn på det som også kan bli resultatet ut fra en vurdering av et praktisk foreliggende tilfelle. Jeg vil anta at en angivelse av normen til å gjelde “klart urimelig eller urettferdig” tilbakevirkning er mer adekvat, iallfall med henblikk på det aktuelle rettsfelt. Inn i avveiningen vil blant annet komme hvilke rettigheter eller posisjoner inngrepet gjelder, hvilket grunnlag den enkelte eller en gruppe har for sine forventninger, om inngrepet er plutselig og betydelig og om fordelingen av byrdene rammer den enkelte eller en gruppe særlig hardt. Men på dette rettsområdet må lovgivers spillerom, i lys av de hensyn som ligger bak Grunnloven § 75 bokstav a og d, være vesentlig. Det vil bare være de kvalifiserte eller åpenbare tilfeller av urimelighet og urettferdighet som kan rammes. ...» (Rt 1996 s 1415 på s 1430 andre avsnitt.)

Flertallet formulerte altså som betingelse for en eventuell tilsidesetting av en lovbestemmelse som grunnlovstridig at urimeligheten måtte framstå som kvalifisert eller åpenbar, en uttrykksmåte som trass i kontrasten til Knophs term «overgrep» synes konsistent med tidligere høyesterettspraksis i saker om prøvelse av forvaltningsavgjørelser i sin alminnelighet.⁴⁰⁴

Ved prøving av grunnlovsmessigheten av en lovbestemmelse er etter mitt syn enkelte argumenter i favør av å anvende en tilbakeholdende Mortvedt-formel mer tungtveiende enn ved alminnelig overprøving av forvaltningsavgjørelser. Først og fremst vil jeg framheve argumentet om respekt for flertallsvurderinger på Stortinget (*Kjønstad* 1994 s 72 flg avsnitt 7.2). *Kjønstad* 1997 (s 258 flg avsnitt 3.5; s 288 flg avsnitt 8.2) har likevel kritisert de to nevnte plenumsdommene for å gå for langt i vektlegging av Stortingets grunnlovsforankrede styringsrett på bekostning av individenes grunnlovsværn. Men *Odberg* 1999 (s 87 flg pkt 4) tok til gjenmæle mot *Kjønstad*s argumentasjon og hevdet at Høyesteretts to dommer om trygde-rettigheters grunnlovsværn ikke var eksempler på statsvennlig dømming, men uttrykk for respekt for tradisjonell forståelse av konstitusjonelle spilleregler. *Sæther Mæhle* 2005 (s 282 avsnitt 4.3.4.2) tok på basis av de to plenumsdommene til orde for å løse konflikter mellom flertallsmakt og minoritetsvern gjennom en «differensiert prøvingsstrategi», men uten å gå nærmere inn på de punktene hvor denne differensieringen ville atskille seg fra den Høyesterett sjøl benyttet.

I og med at det nettopp er ved domstolskontrollen med lovgivning som anføres å krenke kollektive eller individuelle rettigheter av grunnlovs rang at domstolene må holde prøvelsesrettens fane høyt hevet, jf maksimen om det graderte grunnlovsværnet som Høyesteretts flertall fastholdt i *Borthen*-dommen (Rt 1996 s 1415 på s 1429 andre avsnitt flg), syns jeg det er overraskende at Høyesterett endte opp med å formulere en så streng generell norm for grunnlovsprøvingen i forhold til Grl § 97. Å gå nærmere inn på dette spørsmålet, primært et spørsmål om Høyesteretts praktisering av dok-

⁴⁰⁴ I *Thunheim*-dommen, avsagt seinere samme dag, valgte 15 av 16 voterende dommere å slutte seg til disse ledende synspunktene på forståelsen av Grl § 97 (Rt 1996 s 1440 på s 1447 tredjesiste avsnitt).

trinen om det graderte grunnlovsvernet, ligger imidlertid utenfor horisonten for framstillingen her.

En avsluttende bemerkning må likevel kunne forsvares: Høyesteretts doktrine om gradert grunnlovsværn, inspirert av «the preferred position»-prinsippet fra USAs Supreme Court, ble hos oss første gang formulert i Kløfta-dommen, Rt 1976 s 1⁴⁰⁵, bl.a. med bakgrunn i at *C. Smith* 1975 (s 301–2) hadde slått til lyd for å ta denne doktrinen i bruk. Doktrinen innebærer følgende: de klassiske individrettighetene skal ha den sterkeste domstolsbeskyttelsen, individenes økonomiske rettigheter skal stå i en mellomstilling, og minst intens skal domstolsprøvelsen av grunnlovsmessigheten være i forhold til bestemmelsene om kompetansefordelingen mellom Stortinget og regjeringen. Doktrinen ble altså fastholdt i Borthen-dommen, og er deretter igjen blitt anvendt i Kjuuskjennelsen Rt 1997 s 1821⁴⁰⁶.

Svakheten i doktrinen er at også noen av de rettighetene som nokså løselig betegnes som «økonomiske», må henregnes til individenes basisrettigheter. Eivind Smith – som i sin statsforfatningsrettslige forskning har profilert seg som en varm tilhenger av domstolenes prøvelsesrett med lovgivningens grunnlovsmessighet, har likevel i sin monografi «Høyesterett og folkestyret» med styrke kritisert doktrinen om det graderte grunnlovsvernet, som han mente savnet støtte i Grunnloven (*E. Smith* 1993 s 254–55, s 328–29 og s 336–37). Eivind Smith har fastholdt denne kritikken til tross for Høyesteretts fornyete tilslutning til doktrinen på 1990-tallet, se *E. Smith* 1999 (s 475–76) og – mer lødig – på lederplass i *LoR* 2001 (s 385–86).

Ellers i juridisk litteratur har *F. Backer* 1997 (s 81) og *Andenæs* 1998 (s 292–93) uttrykt skepsis til doktrinen om det graderte grunnlovsvernet, mens *Fleischer* 1998 (s 456) regnet doktrinen som «vel begrunnet». *F. Backer* 2002 (s 29 flg) viste imidlertid klar bevegelse i positiv holdning til prinsippet, og konkluderte med at prinsippet er et «teoretisk naturlig utgangspunkt for tanken, og man bør være glad for at det ble innført i norsk konstitusjonell rett».

Mitt eget syn er at doktrinen om gradert grunnlovsværn er vel begrunnet, og i pakt med både rettsstatlige og menneskerettslige idealer. Det graderte grunnlovsvernet kan idéhistorisk betraktes som et forsøk på å begrepsliggjøre at «økonomiske rettigheter», og ikke minst «eiendomsretten», i sin alminnelighet, er en altfor brei størrelse å håndtere på et konstitusjonelt rettighetsnivå. Både strandplandommen, Rt 1970 s 67, og Fusadommen, Rt 1990 s 874, gjaldt strid om «økonomiske rettigheter» i videste forstand. Svært få vil vel likevel ha problemer med å si seg enige i at enkeltindividets beskyttelsesbehov ikke kan tillegges *lik vekt* i saker som disse: mens den førstnevnte gjaldt en klassisk konflikt mellom hovedsakelig ideelle fellesinteresser (konkretisert ved allemannsretten til ferdsel i strandsonen) og private økonomiske interesser, gjaldt den sistnevnte saken individuelle velferdsrettigheter (nivået på den såkalte kvalitative minstestandard på sosiale tjenester) i konfrontasjon med vanstyrte og/eller utarmete kommuner.

Verken *Kjønstad* 1997 eller *Sæther Mæhle* 2005 synes å ha tatt Høyesteretts praktisering av doktrinen om det graderte grunnlovsvernet i Borthen-dommen på alvor. *Kjønstad* hadde derfor problemer med å forstå at dommerflertallet var mer opptatt av å beskytte grunnpensjonen enn tilleggspensjonen, noe som etter min mening er helt konsistent med doktrinen – og et klart avvik fra «tradisjonell» Grl § 105-tenkning, mens *Sæther Mæhle* ikke synes å ha behandlet Høyesteretts bruk av doktrinen i det hele tatt.

⁴⁰⁵ Av flertallet på s 5 siste avsnitt; av mindretallet på s 22 nestste avsnitt.

⁴⁰⁶ Se førstvoterende dommer Gussgards flertallsformulering i Rt 1997 s 1821 på s 1831 nestste avsnitt, som mindretallet rimeligvis ikke tok avstand fra: tvert imot kan de vel hevdes å ha vektlagt det graderte grunnlovsvernet i enda større grad enn flertallet gjorde.

(4.5) *Rettspraksis om materielle rettssikkerhetskrav til velferdsstatlige tjenesteytelser*

Formuleringen av materielle (substansielle) rettssikkerhetskrav til velferdsstatlige tjenesteytelser på 1980-tallet kan betraktes som et forsøk på å tilføre den rettsrealistiske posisjonen moralsk legitimitet uten å oppgi dens frikopling av moral og rett. Ståle Eskelands doktoravhandling fra 1988, med bokutgaven «Fangerett» (1989), er det sentrale eksemplet jeg vil trekke fram i denne forbindelse.⁴⁰⁷

Som grunnlag for sin studie av rettssikkerheten ved fullbyrdelse av fengselsstraff formulerte Eskeland tre materielle (substansielle) krav som etter hans syn var nødvendige elementer i et velferdsrettslig rettssikkerhetsbegrep: (1) respekt for personlig integritet, (2) likhet og (3) kvalitativ minstestandard. Disse rettssikkerhetskravene drøftet han under fellesbetegnelsen «verdiriktighet», og kontrasterte dem mot de formelle rettssikkerhetskravene, som han behandlet under fellesbetegnelsen «rettsriktighet» (Eskeland 1989 s 59–73).

Det sistnevnte av disse materielle rettssikkerhetskravene, «kvalitativ minstestandard», har spilt en sentral rolle på det sosialrettslige feltet. I Fusa-dommen, Rt 1990 s 874, om standarden på hjemmetjenesteytelser etter den dagjeldende Sosialomsorgsloven 5.6.1964 nr 2 § 3 og den fortsatt gjeldende Kommunehelsetjenesteloven 19.11.1982 nr 66 § 2, ga en enstemmig rett tilslutning til et slikt krav om kvalitativ minstestandard.⁴⁰⁸ Om sakens sentrale rettsspørsmål, rekkevidden av domstolenes materielle prøvelsesrett i en tvist om retten til kommunale hjemmetjenesteytelser, uttalte førstvoterende dommer Holmøy⁴⁰⁹ følgende:

«Når det gjelder omfanget av ytelsene, vil spørsmålet ved en domstolskontroll etter min mening være om det aktuelle forvaltningsvedtak tilfredsstiller et visst minstekrav som må forutsettes å gjelde for slike ytelser. En slik vurdering vil ligge nær opp til en domstolsprøving av forvaltningens frie skjønn. Jeg sikter i denne forbindelse særlig til domstolenes adgang til å prøve om forvaltningsskjønnet er åpenbart urimelig.» (Rt 1990 s 874 på s 888 tredje avsnitt.)

Kjønstad 2005 (s 152–67) har påpekt at dommen ikke gir den enkelte noen beskyttelse mot senking av standarden på ytelsene utenfor det feltet som er omfattet av retten til nødvendig helsehjelp etter Kommunehelsetjenesteloven § 2-1.

⁴⁰⁷ Eskelands argumentasjon i doktoravhandlingen fra 1988 var langt på vei blitt foregrepet allerede i hans bidrag i festskriftet til Eckhoffs 70-årsdag (Eskeland 1986). Se ellers Kjønstad 2003 (særlig s 346 pkt 3.2 og s 352 pkt 5.4), som drøfter rettighetstenkningen i sosialretten i lys av det kommunale sjølstyret.

⁴⁰⁸ Saken ble prosedert av to av Norges mest profilerte kritiske jurister den gang, Håkon Helle og Ole Jakob Bae, som advokater henholdsvis for den private part og dennes hjelpeintervenient Norges Handicapforbund.

⁴⁰⁹ Med tilslutning fra dommerne Bugge, Backer, Dolva og Schweigaard Selmer.

Det kan nok være grunn til å spørre om Fusa-dommen ville ha fått slik gjennomslagskraft i forhold til spørsmålet om minstestandard på kommunale hjemmetjenesteytelser, og signalbetydning ellers for krav til helsetjenesteytelser generelt, dersom saken alternativt var blitt prosedert utelukkende på det ulovfestete ugyldighetsgrunnlaget etter Mortvedt-formelen, altså, slik førstvoterende dommer Holmøy, formulerte det: «åpenbar urimelighet». For det første ville usikkerheten med hensyn til domsutfallet da vært klart større, jf avsnitt (4.2) foran. For det andre ville dommen, uansett om kommunen hadde blitt domfelt, lett kunnet blitt avfeid som uprinsipiell, altså for å ha en konkret begrunnelse. Syse 1996 (s 877 andre avsnitt flg), tok ikke direkte stilling til et slikt spørsmål, men hevdet like fullt at likhets- og rettferdighetsargumenter ut fra foreliggende rettspraksis (inkl Fusa-dommen) per se spiller liten sjølstendig rolle ved prøving av vedtak om utmåling av tjenester på helse- og sosialrettens område. Jeg tror nok at Syses konklusjon kanskje var noe forhastet. Dersom dommerne i Fusa-saken ikke hadde kunnet oppstille et mer håndfast ugyldighetsgrunnlag, leser jeg sitatet foran slik at det da er gode muligheter for at dommerne ville ha falt tilbake på Mortvedt-formelen.

Etterlevelse av formell rettssikkerhet uten at også verdiriktighet etterleves, gir ingen rettsstilstand som er godtakbar i henhold til den materielle rettssikkerhetsteorien. I ekstremtilfellene vil formell rettssikkerhet kunne være et skalkeskjul for grov urett.

(4.6) *Rettspraksis om sterk urimelighet som vilkår for erstatning etter Grl § 105 til grunneiere ved rådgighetsinnskrenkninger*

Ved rådgighetsinnskrenkninger som rammer private har grensedragningen mellom tiltak som går klar av Grl § 105 og de som ikke gjør det, vært en gjenganger for domstolene – og for øvrig flittig behandlet i juridisk litteratur. Blant de nyeste dommene på feltet framhever jeg Sør-Senja-dommen, Rt 2004 s 1092, hvor en gruppe reindriftsutøvere var blitt rammet av et fredningsvedtak etter Reindriftsloven 9.6.1978 nr 49 § 11(2) andre setning til fordel for konkurrerende jordbruksutøvere. Høyesterett stadfestet fredningsvedtakets gyldighet, og førstvoterende dommer Stabel⁴¹⁰ sammenfattete høyesterettspraksis hva angår den nevnte grensedragningen gjennom følgende sitat fra dommerkollega Skoghøys leder i *LoR* 1995 (34) s 213–14, skrevet mens han fortsatt var professor ved UiT:

«... Ved Høyesteretts avgjørelser i disse sakene er det blitt slått fast at det ikke er tilstrekkelig for at det offentlige skal bli erstatningsansvarlig, at det dreier seg om et vesentlig inngrep. Etter min oppfatning må det være riktig å sammenfatte praksis slik at for at det offentlige skal bli erstatningsansvarlig, må det kreves at inngrepet er av en

⁴¹⁰ Med tilslutning fra dommerne Stang Lund, Bruzelius, Mitsem og Lund.

slik karakter at det ut fra en helhetsvurdering vil være *sterkt urimelig* om inngrepet skal tåles.» (Rt 2004 s 1092 avsnitt 76. Min kursivering.)

At «sterk urimelighet» fortsatt nyttes som det sentrale avgjørelseskriteriet i forhold til spørsmålet om et vedtak om rådighetsinnskrenkning krenker Grl § 105, er etter mitt syn mer rettslig enn moralfilosofisk interessant, jf argumentasjonen i avsnitt 3.2.1(2.5) foran. Ut fra tradisjonelle rettssikkerhetsverdier er det bekymringsfullt at terskelen for å konstatere krenkelse av Grl § 105 fortsatt fastholdes å være så høy. Myndighetene har på dette feltet, pga det store sakstilfanget og til dels sterk politisk strid gjennom lang tid, hatt rikelig oppfordring til å konkretisere det rettspraksisbaserte rimelighetsskjønnet gjennom supplerende lovgivning. Riktignok er de private grunneiere som rammes av rådighetsinnskrenkningsvedtak ofte ressurssterke, men de er ikke alltid det, og uansett er det merkelig – etter snart 30 år med høyrebølge i det politiske livet i Norge – at en så høy terskel for erstatning har overlevd. Dette resultatet må være en av de mer bisarre konsekvensene av den generelle innstillingen om å høyne terskelen for urimelighetskontroll av alle former for myndighetsutøvelse.

(4.7) *Rettspraksis om rimelighet som avgjørelsesgrunnlag i tvister om uforpliktetes betalingshandlinger (condictio indebiti)*

Rettspraksis om de ulovfestete rettsreglene om pengemottakeres tilbakebetalingsplikt i forhold til penger som betaleren ikke var pliktig til å utbetale (*condictio indebiti*) gir en meget god illustrasjon av praksisskapte koplinger mellom rett og rimelighet. En nøkkelformulering av Høyesteretts oppfatning av gjeldende rett på dette regelfeltet fins i Slåtto Husbygg-dommen, Rt 2001 s 1580. Her forankret førstvoterende dommer Utgård⁴¹¹ Høyesteretts tolkning av rettsregelen gjennom et «kinesisk eske»-sitat av to tidligere høyesterettsdommer – direkte ved å sitere den til da sist avsagte dommen om rettsregelen, Fearnley & Eger-dommen, Rt 1998 s 989 på s 999 fjerde avsnitt; indirekte gjennom sitatet fra Birgo-dommen, Rt 1985 s 290, som Fearnley & Eger-dommen inneholder:

«... I dommen i Rt 1985 s 290 fremheves det nettopp at det er “et grunnleggende trekk i læren om *condictio indebiti* at hvert tilfelle skal vurderes konkret og under hensyn til rimelighet”.» (Rt 2001 s 1580 på s 1586 første avsnitt.)

Hagstrøm og Aarbakke 2003 har sammenfattet sin vurdering av høyesterettspraksis på dette regelfeltet med følgende ord:

⁴¹¹ Med tilslutning fra dommerne Bruzelius, Mæland og Tjomsland. Dommer Oftedal Broch var enig i resultatet, men forankret sin stemmegivning i den begrunnelse at det reelt sett hadde skjedd et underslag til fordel for betalingsmottakeren, og at denne, trass i at han sjøl var godtroende, måtte identifiseres med den ondetroende betaleren (underslageren), fordi denne var hans forretningsfører. Denne begrunnelsen syns også jeg at hadde mest for seg.

«... Stort sett er hvert enkelte tilfelle blitt avgjort på basis av sin egenart, og Høyesterett har pålagt eller fritatt for tilbakesøkningsforpliktelse alt ettersom det ene eller det annet fremstilte seg som *den rettfærdigste løsning* for partene i det foreliggende tilfelle. ...» (Hagstrøm og Aarbakke 2003 s 681 siste avsnitt. Min kursivering.)

En klarere formulert tilslutning til et moralsk kriterium for løsning av en rettstvist kan man vel knapt finne i norsk juridisk litteratur. Mon tro om forbeholdsløsheten her – i motsetning til rettstvister hvor stat eller kommune som myndighetsutøver er motpart (avsnitt (4.2) foran) – skyldes at tilbakesøkningskrav regelmessig har vært rubrisert som formuerettslige, også i situasjoner hvor stat eller kommune har vært motpart?

(4.8) *Rettspraksis om klar urimelighet som begrunnelse for å oppheve en underordnet domstols omkostningsavgjørelse etter Tvl § 20-9(3)*

Etter Tvml § 181(1) kunne spørsmålet om tilkjenning og utmåling av saksomkostninger bare prøves av høyere rett, når saken sjøl bringes inn for denne. Kjæremål over en omkostningsavgjørelse kunne etter § 181(2) likevel erklæres på det grunnlag at omkostningsspørsmålet er avgjort «i strid med loven». Etter praksis fra Høyesteretts kjæremålsutvalg, innbefattet lovlighetskontrollen også avgjørelsen av om den underordnete domstols skjønnsutøvelse i tilknytning til en unntaksbestemmelse vedrørende omkostningsspørsmålet «fremtrer som vilkårlig eller klart urimelig», se *Schei* 1998 (s 613 andre avsnitt), med henvisning til kjennelsene i bl.a. Rt 1991 s 1375 (KMU) og Rt 1997 s 1274 (KMU). *Schei* 1998 (samme sted) tilføydde riktignok at «[d]et skal svært mye til for å oppheve en omkostningsavgjørelse på dette grunnlag». Denne praksisen ble opprettholdt i tida fram mot ikrafttreddelsen av Tvisteloven 17.6.2005 nr 90, se f.eks. i Rt 2004 s 1706 (KMU).

Urimelighetskontrollen med underordnete domstolars omkostningsavgjørelser er fra 1.1.2008 hjemlet i Tvl § 20-9(3), og siktemålet har vært å opprettholde den refererte praksisen, se *Schei m.fl.* 2007 (s 964 første avsnitt) under henvisning til NOU 2001: 32 bind B s 937 andre spalte, en henvisning som også Justisdepartementet ga i spesialmerknadene til bestemmelsen i Ot prp nr 51 (2004–2005) på s 451 første spalte.

Etter at det fra både dommer- og advokathold i de siste åra er blitt tatt til orde for en sterkere fokusering på «grådige» advokater, er det vel grunn til å håpe at terskelen for hva ankedomstolene anser som klart urimelig, vil bli lavere i tida framover.

(4.9) Sammenfatning

Når det gjelder sammenfatningen av redegjørelsen i de ovenstående avsnittene (4.1)–(4.8), viser jeg til avsnitt 3.2.1(7.1.3) ovenfor.

3.2.3 Innplassering av grunnantakelsen i forhold til liknende synspunkter i rettsteori, moralfilosofi og normativ politisk teori

(1) Liknende synspunkter i norsk og utenlandsk rettsteori

(1.1) Generelt

Generelt er det så vidt jeg har oversikt over ingen rettsvitenskaper (bortsett til en viss grad fra Robert Alexy, se (1.2) nedenfor), som har forsøkt å argumentere slik jeg har gjort hittil i dette kapitlet for å begrunne at separasjonen om rett og moral verken rettslig eller moralfilosofisk er holdbar. Problemstillingen har isteden kommet opp mer indirekte.

I norsk rettsvitenskap har det gjennomgående vært langt mellom arbeider hvor forfatterne forsøker å hevde rimelighets- eller rettferdighetskrav som *moralske krav* til praktisk rettsanvendelse. Utenom Eckhoff, som i «Rettskildelære» 1971b (s 183 flg) tok til orde for å legge avgjørende vekt på den konkrete rimeligheten, ikke det som ville være en generelt rimelig regel, ved løsningen av tvilsomme rettsspørsmål (se avsnitt 3.2.1(4.3) foran), er det først og fremst Frede Castberg og Carl Jacob Arnholtz som i norsk rettsvitenskap i de første tiåra etter andre verdenskrig tok til orde for å vektlegge rimelighetshensynene under rettsanvendelsen. Castbergs bok «Forelesninger over rettsfilosofi» inneholdt bl.a. kapitlet «Kravet til rettens rettferdighet» (1965 s 110–121), hvor Castberg gjorde kort rede for sontringen mellom formell og materiell rettferdighet, og sammenfattet sitt syn slik:

«Jeg tror at det fra et alminnelig rettsfilosofisk synspunkt ikke godt kan sies mere enn at kravet til rettferdighet gjør det nødvendig å søke å finne en riktig balanse mellom den fastsatte normering og dertil svarende beregnelighet på den ene side, og på den annen side den frie vurdering og nuanserte bedømmelse av de særegne forhold i det enkelte tilfelle.» (Castberg 1965 s 114 andre avsnitt.)

Denne formuleringen kan nok hevdes å ha vært forbausende spak og retningssløs på rettferdighetstankens vegne. I det påfølgende kapittel 5, «Objektivt gyldig rettsvurdering?» tok Castberg til orde for å oppstille et naturrettslig minimumskrav til den positive retten, og blant disse minimumskravene framholdt han «rettferdighetens idé» (1965 s 126 flg).

Fra de siste 20–30 års rettsvitenskapelige produksjon i Norge om sammenheng mellom rett og moral bør Nils Kristian Sundbys prøveforelesning

over oppgitt emne for dr juris-graden i 1974, «Naturretslig begrunnelse for normativ kompetanse», nevnes. Men Sundbys perspektiv var primært moralsk legitimering av politisk maktutøvelse, mens bruken av rimelighets-hensyn ved rettsanvendelsen overhodet ikke ble drøftet.

Derimot har Hans Christian Bugge i sin doktoravhandling «Forurensningsansvaret ...» (1999 s 112–35) drøftet *rettferdighet* som ett av tre tentative mål i forurensningslovgivningen – de to andre var henholdsvis *reint miljø* og *samfunnsøkonomisk effektivitet*. Etter å ha gitt en oversikt over ulike rettferdighetsprinsipper som har preget moral- og rettsfilosofiske debatter, konkluderte Bugge nokså sammenfallende med Eckhoff 1989b⁴¹²:

«... Et grunnleggende problem er at det verken er mulig eller ønskelig å stanse enhver forurensning. Vurderingen av hva som er en “rettferdig byrdefordeling” f.eks. mellom forurenseren og den som rammes av forurensning, må suppleres med vurderinger av hva som er ønskelig ut fra bredere samfunnsmessige vurderinger. Hva som er rettferdig for-[s 133]deling i det enkelte tilfellet, vil måtte bero på en vurdering og avveining av mange hensyn og interesser både av prinsipiell art og i den enkelte sak. Rettsreglene må derfor enten selv være nyanserte eller formes slik at de gir rom for en nyansert vurdering av den enkelte sak.» (Bugge 1999 s 132 siste avsnitt flg.)

Mot Bugges argumentasjon her vil jeg innvende at en grunnantakelse om moralsk plikt til ikke å avgjøre et rettsspørsmål slik at resultatet blir urimelig, ikke innebærer å akseptere en mindre kritisk etterprøvelse i forurenserens behov enn ellers – det er det vel bare tilhengere av moralfilosofisk *emotivisme* som kan hevde. Grunnantakelsen setter en kvalitetsstandard for juridisk argumentasjon i sin alminnelighet, og supplerer denne med en begrunnelsesplikt for moralske argumenter. For øvrig kan rettsanvendelsen utvikle seg i hvilken som helst retning.

I den nye læreboka for ex fac-undervisningen på Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo har Svein Eng begrunnet sitt forsvar for en kantiansk «målestokk» for bedømmelse av rettsordningens moralitet (2006, s 361–428, særlig s 373–383). Eng drøftet ikke Kants universaliseringsmaksime i en slik synsvinkel som jeg har gjort i avsnitt 3.2.1(4) foran, men hans posisjonering synes ikke å utelukke en tilslutning til min nylesning av denne maksimen.

Nils Jareborg hevdet i «Värderingar» (1975) på et erkjennelsesteoretisk grunnlag det – den gang i forhold til den skandinaviske rettsrealismen og dens verdinihilisme nokså «kjetterske» – syn at fakta og vurderinger har samme erkjennelsesteoretiske status. Erkjennelsesteoretiske spørsmål ligger utenfor denne oppgavens tema (se kapittel 4 nedenfor om erkjennelsesteori som uløst forskningsutfordring for norsk rettsvitenskap). Men det klart at Jareborgs dessverre altfor lite påaktete bok må framheves som et viktig bidrag i skandinavisk rettsteori til utviklingen av teorier om rasjonell grunn-giving for verdistandpunkter.

⁴¹² Se Eckhoff-sitatet i avsnitt 3.2.4(2.6) nedenfor.

I skandinavisk rettsteori i siste mannsalder er det vel knapt noen som mer enn Alexander Peczenik har arbeidet med problemstillinger i tilknytning til spørsmålet om koplinger mellom rett og moral. Det har derfor interesse å relatere min grunnantakelse til hovedlinjer i hans arbeid. I sin store monografi «Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet och juridisk argumentation» (1995) hevdet Peczenik det syn at rettsanvenderne (qua deltakere i rettsanvendelsen) må forkaste sine tolkingsresultater dersom de er *ekstremt uetiske* (s 185 avsnitt B). Dette standpunktet synes langt på vei å sammenfalle med mitt eget, men jeg tror nok bestemt at Peczenik – tyngt av den formalistiske versjon av rettsrealismen som fortsatt synes å ha dominert i Sverige på utgivelsestidspunktet – i sin forståelse av hva som er «ekstremt» uetisk, la lista en god del høyere enn det de fleste trolig ville anse som gjeldende rett i Norge. En svakhet ellers i Peczeniks argumentasjon for så vidt var at han ikke trakk inn konkrete domseksempler for å konkretisere hva han mente med ekstremt uetiske tolkningsresultater.

I et seinere arbeid tydeliggjorde Peczenik sin posisjon, som svar på spørsmålet om i hvilken grad juridiske avveininger kan gi oss sann kunnskap:

«My own way of answering this question involves a theory which is cognitivist as regards *prima facie* value statements and, at the same time, non-cognitivist as regards all-things-considered value statements. The former are true if they correspond to the cultural heritage of the society. The latter may be more or less coherent, but not true in the ontological sense. From [s 158] the ontological point of view, such a theory is realist as regards *prima facie* values. Such values exist in the culture of the society. At the same time, the theory is not ontologically realist as regards all-things-considered values. These are not pre-existent, but continually created in the process of moral reasoning ...» (Peczenik 2000 s 157 siste avsnitt flg.)

Konsekvensene av dette for Peczeniks stillingtaking til spørsmålet om urimelighet i konkrete rettsspørsmål, blir ytterligere tydeliggjort i et av hans siste arbeider, hvor den moralske intuisjons betydning for *prima facie*-vurderinger⁴¹³ av skillet mellom riktig og galt ble eksemplifisert slik:

«... In morally pressing situations, ordinary people use [the analogy between moral intuitions and sensory and/or introspective experiences] ... I just “see” that it was evil to put X into the gas chamber in Auschwitz, no justification needed. ... “Seeing” evil in such cases is analogous to seeing in literal sense. I see a cat in my room, no justification needed. ...» (Peczenik 2004 s 2.)

Peczeniks resonnement her viser ikke bare et eksempel på at en nonkognitivistisk forankring av egen moralfilosofi kan forenes med en sunn fornuftbasert (allmennmoralisk) stillingtaking til praktiske moralsspørsmål. Det viktigste poenget ligger i det som Peczenik ikke formulerte direkte, nemlig at

⁴¹³ *Prima facie* er latin for «ved første blick», dvs «etter en foreløpig vurdering». Begrepet knyttes særlig til den intuisjonistiske moralfilosofen W.D. Ross.

svarene på dagliglivets moralfilosofiske spørsmål – herunder spørsmålet om en nærmere bestemt avgjørelse av et rettsspørsmål må forkastes som urimelig – trolig ofte vil være nokså samstemte blant rettsaktørene (leg som lærd) i et gitt samfunn.

(1.2) *Særskilt om Robert Alexys forsvar for sammenhengstesen i «Begriff und Geltung des Rechts» (1992)*

I «Begriff und Geltung des Rechts» (1992) argumenterte Robert Alexy for det standpunkt at en rettspositivistisk definisjon av begrepene 'rett' og 'gjeldende rett' som «morfrie», ikke var holdbar, og at sammenhengstesen følgelig måtte gjelde for forholdet mellom rett og moral.⁴¹⁴ Alexys utgangspunkt var at Tysklands Grunnlov gjennom bestemmelsen om motstandsrett i art 20(4) gir den enkelte rett til å yte motstand mot ethvert forsøk på å omstyrte den gjeldende rettsordning. Sammenholdt med bestemmelsen i art 20(3) om domstolenes plikt til å dømme etter lov og rett, som innebærer at uskreven rett gjennom domstolenes rettskaping også er en del av gjeldende rett, er ifølge Alexy moralske vurderinger allerede integrert i rettsordningen.

I analysen av *rettsbegrepet* tok Alexy utgangspunkt i tre relasjoner som han mente var sentrale: (i) rettens lovformelige fastsatthet (die ordnungsgemässe Gesetztheit), (ii) rettens samfunnsmessige effektivitet (die soziale Wirksamkeit) og (iii) rettens innholdsmessige riktighet (die inhaltliche Richtigkeit) (s 29). En fornufts- eller naturrettsbasert definisjon av rettsbegrepet sjalter ut enten (i) eller (ii), mens en rettspositivistisk definisjon av rettsbegrepet sjalter ut (iii). Alexy hevdet med utgangspunkt i en gjennomgåelse av flere rettsavgjørelser fra Forbundsforfatningsdomstolen at man iallfall ikke kunne ta separasjonstesen for gitt (s 18–26; s 39). Men i et tilskuerperspektiv kunne man heller ikke begrunne Radbruchs urettferdighetsformel (dvs at ekstremt urettferdige lovregler ikke kan anerkjennes som 'rett'), fortsatte Alexy (s 51 flg). Tilskuerperspektivets forsvar for separasjonstesens kollapser likevel, fordi rettspositivistene til sjuende og sist ikke kan komme opp med noe kriterium for å skille mellom en rettsordning og en tvangsordning styrt av organiserte kriminelle (s 59 flg). Derfor kommer man ikke utenom å integrere den forannevnte relasjon (iii) i rettsbegrepet.

Etter å ha skiftet til et deltakerperspektiv (s 63 flg) presenterte Alexy sitt forsvar for riktighetselementet i sin rettsbegrepsdefinisjon gjennom å presentere noen konstraintuitive rettsregeleksempler (som f.eks.: «X ist eine souveräne, föderale und ungerechte Republik»⁴¹⁵, s 65). Deretter drøftet han

⁴¹⁴ Engelsk utgave foreligger: «The Argument from Injustice : A Reply to Legal Positivism», Oxford: Clarendon Press 2002.

⁴¹⁵ På norsk, i min oversettelse: «X er en suveren, føderal og urettferdig republikk.»

om en slik rettsregel kunne betraktes som utelukkende teknisk mangelfull, moralsk mangelfull eller kun mangelfull etter en konvensjonell betraktning. Alexy mente at ingen av disse forklaringene holdt – en slik rettsregel måtte derfor være begrepsmessig feil, hevdet han (s 67 flg). I lys av Radbruchs urettferdighetsformel kunne man vanskelig etablere noe forsvar for urettferdige enkeltregler, argumenterte Alexy videre, iallfall ikke sterkere enn at argumentene for henholdsvis separasjonstese og sammenhengstese sto like sterkt (s 71–108).

Alexys siste innfallsvinkel i analysen av rettsbegrepet med henblikk på sammenhengs- eller separasjonstesens holdbarhet var rettsnorminndelingen i henholdsvis rettsregler og rettsprinsipper (s 117 flg), en inndeling han sjøl hadde lansert i «Theorie der Grundrechte» (1985), inspirert av Ronald Dworkins skille mellom «rules» og «principles». Det karakteristiske ved denne inndelingen var, ifølge Alexy, at rettsregler er definitive (faste) regler, mens rettsprinsipper er optimeringsregler, som karakteriseres ved å anvendes gjennom avveininger. På basis av denne inndelingen lanserte Alexy tre (hjelpe)teser som understøttet sammenhengstesens holdbarhet: (a) inkorporasjonstesen (Die Inkorporationsthese) innebar at enhver rettsordning inneholder et minimum av rettsprinsipper – noe Alexy for Tysklands del illustrerte med Grunnlovens grunnrettigheter (menneskeverd, frihet, likhet, osv); (b) moraltesen (Die Moralthese) innebar at det i ethvert rettssystem er en minimumssammenheng med moralregler; (c) riktighetstesens (Die Richtigkeitsthese) forklarte Alexy som i (iii) foran. Alexys argumentasjon for at rettsprinsippbaserte løsninger av rettsvister bekrefter sammenhengstesens holdbarhet, var kort og godt at riktighetstesens også impliserer moralsk godtakbarhet, og at denne godtakbarheten må være begrunnbar (s 130–32).

I analysen av begrepet *gjeldende rett* (s 137 flg) framkommer det etter min mening ingen vesentlig nye tanker i forhold til det jeg nå har redegjort for, og det er følgelig på plass med noen vurderende kommentarer:

Alexys begrunnelse av sammenhengstesens holdbarhet involverte ikke en analyse av moralske argumenter som argumenttype etter tysk rett, ut over de eksemplene jeg nevnte foran om den grunnlovsforankrete muligheten for tilsidesettelse av ekstremt urettferdige rettsregler, og den grunnlovsforankrete aksepten av rettsutvikling i domstolene. Rimelighet som argumenttype og rettsregel ble overhodet ikke drøftet av Alexy 1992. Like fullt inneholder boka mange nyttige drøftelser om sammenheng mellom rett og moral – ikke minst fordi den er et sjeldent eksempel i internasjonal rettsteori på slike drøftelser.

Den største svakheten i Alexys tilnærming til sammenheng mellom rett og moral er etter min mening at han ikke klargjorde hvilket definisjonsteoretisk utgangspunkt han bygde på, jf til sammenlikning min egen klargjøring i kapittel 1 avsnitt 1.1.3 og 1.3 ovenfor, og videre at han heller ikke klargjorde sin posisjon i forhold til tradisjonelle erkjennelsesteoretiske (rea-

lisme, antirealisme) og moralfilosofiske (kognitivism, nonkognitivism) hovedposisjoner.

(2) *Liknende synspunkter i norsk og utenlandsk moralfilosofi eller normativ politisk teori*

I norsk rettsteorinær moralfilosofi gikk Harald Ofstad i flere arbeider allerede fra 1940-tallet i rette med den emotivisme-funderede nonkognitivismen som Alf Ross var talsperson for i moralfilosofiske spørsmål. I et bidrag fra Ofstad i festskriftet til Ross' 70-årsdag sammenfattet han sitt syn på muligheten for rasjonell argumentasjon om verdispørsmål slik:

«Skiller man ... – slik som i denne artikkelen – mellom det praktiske språkbehov av norm- og verdi-ord med maksimalt generell anvendelsesmulighet, og på den andre side hva som vanligvis inngår i et normativt eller vurderingsmessig standpunkt, nemlig et kognitivt element + et konativt eller emosjonelt element, så stiller gyldighetsproblemet seg anderledes. Det kognitive elementet – først og fremst empiriske påstander – kan være sant eller falskt. Og det akognitive elementet – det emosjonelle engasjement eller den positive eller negative viljesinnstillingen – er overhodet ikke påstander, heller ingen forkrøblete påstander, men noe annet ... [s 403] Ønsker vi å sondre mellom akseptable og ikke-akseptable emosjoner og viljesimpulser, må vi anvende kategorier som passer på denne type fenomen, ikke kategorier som har anvendelse på påstander. Hvilke er disse kategorier? Det spørsmålet er blitt forsømt av de såkalte verdinihilister fordi de forvekslet erkjennelse av et praktisk språkbehov med erkjennelse av normenes og vurderingenes natur.» (Ofstad 1969 s 402 siste avsnitt flg.)

Dessverre falt Ofstads invitt til en rasjonell argumentasjon om verdispørsmål i rettsvitenskapen på steingrunn i norsk rettsvitenskap – som professor i praktisk filosofi ved Stockholms universitet fra 1955 til han gikk av med pensjon i 1987 ble han stående for fjernt fra norsk rettsteoretisk debatt.

Min grunnantakelse om at en urimelig (urettferdig) avgjørelse av et retts-spørsmål ikke kan regnes som gjeldende rett, lar seg etter mitt syn forene vel med *kontraktsbasert* moralfilosofi, som har spilt så stor rolle i moralfilosofien gjennom flere hundre år – og iallfall med den delen av slik moralfilosofi som bygger på Kant.⁴¹⁶ Både John Rawls' moralfilosofi og Habermas' diskursetikk kan framheves som innflytelsesrike eksempler på slik moralfilosofi (normativ politisk teori) i vår tid. I Habermas' hovedverk fra 1990-tallet, «Faktizität und Geltung» (1992), aksentuerte forfatteren (i en ellers lite kontroversiell formulering om at viljesaspektet til sjuende og sist har betydning for rettslige beslutninger) at hans diskursetikk kan rubriseres som en kontraktsbasert moralfilosofi:

⁴¹⁶ For en instruktiv oversikt over kontraktsbasert moralfilosofi, se Kymlicka 1993.

«... Das zwingende Recht darf seine Adressaten nicht dazu *nötigen*, es muß ihnen freistellen, von Fall zu Fall auf die Ausübung ihrer kommunikativen Freiheit und auf die Stellungnahme zum Legitimitätsanspruch des Rechts zu verzichten, d. h. im Einzelfall die performative Einstellung zum Recht zugunsten der objektivierenden Einstellung eines nutzenkalkulierenden und willkürlich entscheidenden Aktors aufzugeben. Rechtsnormen müssen aus Einsicht befolgt werden *können*.»⁴¹⁷ (Habermas 1992 s 154 første avsnitt.)

Truls Wyller har i dette synspunktet sett en tilslutning til den *klassiske liberalismens kontraktsmodell* for samfunnsdannelsens, herunder moralens, genealogi:

«Den kommunikative moralens nødvendige komplettering med en statlig sanksjonert rett er motivert av det samme universelle autonomiprinsipp som ligger bak den klassiske liberalismens autonomimodell. I begge tilfeller er poenget at bare de normer er legitime, som ikke bare formulerer et ideelt eller rasjonelt gode, men som også har borgernes faktiske viljestilslutning. Autonomien eller selvbestemmelsen består da både i at den enkelte borger *selv* må innse det fornuftige i fornuftige lover, og i at det skal være *tillatt* å forholde seg strategisk i den subjektive innstillingen til de samme lovene. ...» (Wyller 1995 s 123 siste avsnitt.)

At min grunnantakelse kan forankres på en allmennmoralisk plattform, slik f.eks. Tranøy 1998 har gjort, har jeg behandlet i avsnitt 3.2.1(6) ovenfor.

3.2.4 Konfrontasjon

(1) Moralfilosofiske innvendinger

(1.1) Min moralfilosofiske begrunnelse er ikke holdbar

(1.1.1) Innvendinger mot den allmennmoraliske forankringen av grunnantakelsen

Mot min allmennmoraliske forankring av grunnantakelsen i avsnitt 3.2.1(6) foran kan man bl.a. fremme følgende tre innvendinger: (i) Ubegrunnbarhetsaspektet – i Tranøys utlegging – er konstraintuitivt: hans argumentasjon må iallfall ikke tolkes som en avvisning av muligheten av å diskutere moralspørsmål rasjonelt; (ii) allmennmoralen underkommuniserer sitt empiriske grunnlag, dvs at den appellerer til en faktisk framherskende moraloppfatning. Allmennmoralen får dermed en uavklart kopling fra det faktiske til

⁴¹⁷ På norsk, i min oversettelse: «... Den tvingende rett må ikke få *legge press*, retten må overlate til adressatene å gi avkall fra sak til sak på utøvelsen av deres kommunikative frihet og gjennom deres standpunkt til dens legitimitetspretensjon, dvs i enkelttilfelle å oppgi den regelfølgende innstillingen til retten til fordel for den objektiviserende innstilling som en nyttekalkulerende og vilkårlig beslutende aktør har. Rettsnormer må *kunne* bli fulgt ut fra innsikt.»

det normative; og (iii) allmennmoralen er naturrett i ny innpakning. Jeg tar opp disse innvendingene i tur og orden.

(i) Når det gjelder ubegrunnbarhetsinnsigelsen mener også jeg at *Tranøy* 1998 ikke taklet dette spørsmålet overbevisende, særlig ved at han, som det framgikk i avsnitt 3.2.1(6) foran, syntes å være åpen for at den enkelte (rasjonelt eller irrasjonelt) kunne internalisere eller på annet vis annamme større eller mindre deler av allmennmoralen. Jeg er enig i Tranøys begrunnelse for at enhver moralfilosofisk posisjon må ha et forankringspunkt som ikke i seg sjøl kan begrunnes rasjonelt, men derfra og framover må den moralske samtalen kunne føres gjennom rasjonell samtale. Slik jeg leser Tranøy tror jeg nok ikke han ville være uenig i et slikt syn.

(ii) Den andre innsigelsen, som henger sammen med den første, er vel den viktigste, og på dette punkt er jeg uenig med Tranøys utlegging av allmennmoralen: Det må være mulig, ikke bare teoretisk, men også praktisk, for den enkelte (eller for grupper i samfunnet), å hevde at «allmennmoraliske» innstillinger til konkrete moralspørsmål er forkastelige, altså umoraliske. Da tenker jeg ikke først og fremst på moralstandpunkter som ikke deles på tvers av religiøse, etniske eller sosiokulturelle skillelinjer i Norge, som f.eks. synet på homofili, men på utbredte moralholdninger som deles på tvers av slike skillelinjer, som f.eks. den holdning at det er greit at Norge deltar i NATOs krig i Afghanistan. Eller mao: en utbredt moraloppfatning kan ikke per definisjon regnes som allmennmoralisk – da åpner man for ukritisk sammenstilling av faktisitet og moralitet.

(iii) Når det gjelder den tredje innsigelsen vil jeg replisere at mens det er en kjerneidé i naturretten at rettens innhold er allment, på tvers av historisk og kulturell kontekst, bygger ikke allmennmoralen på slike premisser. Den kan best hevdes å være både historisk og kulturelt situert i vedkommende samfunn.

Alt i alt vil jeg konkludere at en allmennmoralisk begrunnelse av min grunnantakelse nok kan tildeles noen riper i lakken, men neppe mer.

(1.1.2) Innvendinger mot min nylesning av Kants universaliseringsmaksime

Mot min forankring av grunnantakelsen i en nylesning av universaliseringsmaksimen i Kants moralfilosofi, se avsnitt 3.2.1(4) foran, kan man innvende at en slik begrunnelse er prinsippløs, subjektivistisk eller partikularistisk, og dermed uegnet i et flerkulturelt samfunn som Norge anno 2007.

Som framhevet av *Wetlesen* 2002 (s 201 nestsiste avsnitt) forsøkte Kant i kapittel 3 i «Grundlegung der Metaphysik der Sitten» (1785) å forankre sitt kategoriske imperativ i viljens frihet. I «Kritik der praktischen Vernunft» (Kritikk av den praktiske fornuft) (1788) hadde Kant imidlertid oppgitt dette forsøket, og la isteden til grunn at det kategoriske imperativet var et *faktum* for den praktiske fornuften. Dette faktum brukte Kant i denne boka

som utgangspunkt for begrunnelse av menneskets frie vilje. Ifølge Wetlesen innebærer dette at Kant ikke ga noen direkte begrunnelse av sin morallov, iallfall ikke på den måten at han forsøkte å avlede den fra reint deskriptive premisser. Dermed styrte Kant etter Wetlesens mening iallfall klar av både Humes falløks og Moores naturalistiske feilslutning.

Ut fra Wetlesens argumentasjon kan jeg ikke skjønne at en kritikk av min nylesning av universaliseringsmaksimen kan beskyldes for å være prinsippløs, subjektivistisk eller partikularistisk: Nylesningen er etter min mening forankret i en plausibel tolkning av maksimen, og den er understøttet både av min lesning av «formål i seg sjøl»-formuleringen og av min forståelse av Humes induksjonslov. Gjennom fordringen om at rimelighetsvurderingen må kunne begrunnes rasjonelt, avverges at rettsanvendelse basert på min grunnantakelse skli ut i rein subjektivism eller partikularisme.

Om nylesningen verken er god kantianisme eller nykantianisme, bekymrer meg derimot ikke. Poenget mitt har vært å formulere en holdbar moralfilosofisk begrunnelse av min grunnantakelse.

(1.2) *Grunnantakelsen er uforenlig med emotivisme-posisjonen i moralfilosofien*

At min grunnantakelse om at en urimelig (urettferdig) avgjørelse av et rettsspørsmål ikke kan regnes som gjeldende rett, er uforenlig med emotivisme-posisjonen i moralfilosofien, iallfall slik denne ble kjent i skandinavisk rettsvitenskap gjennom de skandinaviske rettsrealistenes innsats, er helt på det rene. Emotivisme-posisjonen er velkjent for flere generasjoner nordiske rettsvitenskapere gjennom henholdsvis Axel Hägerströms og Alf Ross' forfatterskap, og trenger derfor ingen utbroderende presentasjon her.⁴¹⁸ Særlig Ross var like opp til våre dager den toneangivende eksponent for denne posisjonen i nordisk rettsteori – ofte med spissformulerte utsagn, som f.eks. denne formuleringen i «Om ret og retfærdighed»:

«At påberåbe sig retfærdighed er det samme som at slå i bordet: et følelsesmæssigt udtryk der gør ens krav til et absolut postulat og dermed basta. ...» (Ross 1953 s 358 siste avsnitt.)

«... At påberåbe sig retfærdigheden betyder intet som helst andet end at give kravet en patetisk underbygning *der afskærer en rationel argumentation*, der kunde bane vej for en forståelse. ...» (Ross 1953 s 359 andre avsnitt. R.s kursivering fjernet. Min kursivering.)

⁴¹⁸ Om emotivisme som underkategori av subjektivistisk moralfilosofi i alminnelighet, se den instruktive oversiktsartikkelen til *Rachels* 1993, og ellers *Wyller* 1996 (s 163–64).

Ross' rubrisering av rettferdighetsoppfatninger som følelsesforankrete, hinsides rekkevidde for rasjonell diskusjon, har åpenbart hatt stort nedslag i norsk rettsvitenskap.

I Eckhoffs mer avdempete versjon av denne moralfilosofiske nonkognitivismen er de praktiske føringene for rettsanvendelsen likevel nokså tvetydige. For det første kan man framheve hans tilslutning til separasjonstesens (avsnitt 3.1.1(2) ovenfor); for det andre kan man framheve hans favorisering av konkret rimelighet som målestokk for den enkelte rettsavgjørelses godhet (avsnitt 3.2.1(4) ovenfor); videre framhever jeg Eckhoffs ubetinget positive framheving av de reelle hensyns betydning for rettsanvendelsen (avsnitt 3.2.2(2.3) ovenfor); og som kontrast til det siste synet kan man så framheve hans bekymring for overdreven vektlegging av rettferdighetsargumentasjon (avsnitt 3.2.4(2.6) nedenfor).

Ross' standpunkt om at moral- eller rettsbegrepene er kognitivt meningsløse var ikke bare inspirert av Hägerströms emotivistiske moralfilosofi. Den andre hovedkilden til hans standpunkt var meningsteorien til de logiske empiristene (Wiener-kretsen). Hvis man forkaster denne teorien, er det heller ingen overveiende grunner til å akseptere at det ikke er mulig å gi en rasjonell begrunnelse for hva man mener ville være en rimelig avgjørelse av et rettsspørsmål – en begrunnelse som da vil stå åpen for «hogg» fra enhver som måtte mene seg kallet til å ytre seg om rettsavgjørelsens kvalitet.

Jeg har følgelig ingen dype motforestillinger mot Ross' argument om at en *naken* påberopelse av rettferdighet – uten at vedkommende gir en nærmere begrunnelse av sitt syn – kan sidestilles med å slå i bordet. På den andre siden underslår Ross med sin formulering at også den begrunnelsesløse rettferdighetsargumentasjon kan fungere retorisk, dvs i kraft av rettsaktørens *patos*. Tilsvarende har det med rette vært innvendt at påberopelse av «reelle hensyn» i domspremisser ikke som sådan har noen argumentativ verdi – en slik verdi viser seg først når rettsaktøren konkretiserer hva hun mener med de påberopte reelle hensynene.⁴¹⁹

(1.3) Grunnantakelsen er uforenlig med utilitarisme-posisjonen i moralfilosofien

Min grunnantakelse kolliderer med *utilitaristisk moralfilosofi* av de fleste avskygninger⁴²⁰, og især den variant som har øvd en ikke ubetydelig påvirkning på norsk rettsvitenskap.⁴²¹ Å la hensynet til konkret rimelighet i det enkelte tilfelle veie mindre enn samfunnsnyttens lar seg nemlig ofte begrunne på en tilsynelatende plausibel måte. Påberoping av den såkalte «allmennprevensjonen» i strafferetten er vel her paradeeksemplet – både i

⁴¹⁹ Bl.a. av Kinander 2002 (s 225 andre avsnitt), se nærmere herom i avsnitt 3.2.2(2.4) foran.

⁴²⁰ For en instruktiv oversikt over eldre og nyere utilitarisme (nyttefilosofi), se Wyller 1996 (s 125–36).

⁴²¹ Se nærmere om utilitarisme og samfunnsnyttmoral i en norsk juridisk argumentativ kontekst hos Eckhoff 1987a (s 324–26); i det vesentlige likedan i Eckhoff 1993 (s 320–22); uendret i Eckhoff og Helgesen 2001 (s 392–93).

praktisk rettsliv og i rettsvitenskapen. I det praktiske rettsliv, herunder i strafferetten, har utilitarisme-posisjonen måttet tåle å bli utsatt for tungt skyts fra tilhengere av Kants moralfilosofi, og da først og fremst pga den såkalte «Zweck an sich-Formel» (formål i seg sjøl-formuleringen) av hans kategoriske imperativ i «Grundlegung zur Metaphysik der Sitten», som jeg gjorde rede for i avsnitt 3.2.1(4.4) foran.

Utilitarisme-posisjonen kolliderer også med min andre moralfilosofiske grunnantakelse, se avsnitt 3.3 nedenfor. Dette kan jeg leve komfortabelt med, og finner ikke grunn til å gå nærmere inn på dette spørsmålet her.

Ross 1953 (s 375–84) rettet like skarp kritikk mot utilitarisme og samfunnsnyttetenkning i rettsteorien som mot rettferdighetstenkningen – for ham var dette to alen av samme stykke: «Når alt kommer til alt er utilitarismen og samfunnsnytteprincippet, ligesom naturretsfilosofien, et udslag av samvittighetens behov for et absolut handlingsprincipp der kan aflaste mennesket for beslutningens kval. ...» (Ross 1953 s 382 tredje avsnitt.) Ross' intensjon med denne kritikken var mao ikke å berede grunnen for åpen, argumentativt begrunnet rimelighetsargumentasjon. Den var mer en – for ham logisk – konsekvens av hans klart uttalte moralfilosofiske nonkognitivism. Til kontrast minner jeg om at utilitarismens store pioner, Jeremy Bentham (1748–1832), er berømt for å ha karakterisert rettferdighetsbegrepet og andre rettsbegreper som «non sense on stilts» i sitt moralfilosofiske hovedverk «An Introduction to the Principles of Morals and Legislation» (1789). Benthams hensikt med denne karakteristikken var å rydde unna kognitivt meningsløse rettsbegreper for å berede grunnen for en hedonistisk nyttemoral.

(1.4) *Grunnantakelsen er uforenlig med intuisjonisme-posisjonen i moralfilosofien*

Den svakt kognitivistiske forankringen av min grunnantakelse om at en urimelig (urettferdig) avgjørelse av et rettsspørsmål ikke kan regnes som gjeldende rett, står i klar kontrast til en viktig strømning i angloamerikansk moralfilosofi tidlig på 1900-tallet, *intuisjonismen*, med William David Ross (1877–1971) som en profilert eksponent.⁴²² Et grunnleggende synspunkt blant intuisjonistene var at man kunne ha tilgang til svarene på spørsmålet om normative utsagns sannhet gjennom intuisjon, altså at svar på moralspørsmål kunne være sjølinnlysende sanne. Dermed plasserte intuisjonistene seg dels i den erkjennelsesteoretiske realismetradisjonen etter Platon, dels i moralsk sans-tradisjonen som knyttes til Humes empirisme.

Intuisjonismen var etter min vurdering en mer fruktbar moralfilosofiposisjon enn emotivismen, men fordi intuisjonen skyves i forgrunnen som den primære kilde til moralsk viten, forvises den rasjonelle diskusjonen av standpunkter til moralspørsmål ut over sidelinjen. Som metateoretisk grunnlag for en grunnantakelse om urimelige rettsavgjørelsers motstrid med gjeldende rett duger derfor denne retningen ikke.

⁴²² For en instruktiv oversiktsartikkel om henholdsvis W. D. Ross' moralfilosofi av *prima facie*-forpliktelser og intuisjonisme i sin alminnelighet, se Dancy 1993a og 1993b.

(1.5) *Grunnantakelsen innebærer tilslutning til en naturrettslig rettsteoretisk posisjon*

Min grunnantakelse kan hevdes å innebære tilslutning til en naturrettslig rettsteoretisk posisjon. Etter mitt syn er en slik innvending lite treffende, med mindre man tar utgangspunkt i en ekstremt rettspositivistisk posisjon, som aldri har hatt tilslutning i Norge, om at bare lov og sedvane (eventuelt supplert med rettspraksis) er relevante argumenttyper. I og med at rimelighetsvurderingene hos oss har vært en anerkjent argumenttype i Høyesterett iallfall siden tidlig på 1830-tallet, dvs de eldste dommene som er tilgjengelig hos Lovdata, er en eventuell anklage om tilslutning til naturrettslig rettsteoretisk posisjon, også en anklage om at Høyesterett har formalisert denne posisjonen som gjeldende rett.

Det var lenge et «varemerke» for Ross å brennemerke alle som stilte seg skeptiske til hans ekstreme emotivisme i moralfilosofien og hans ekstreme, begrepstømmende, empirisme i ontologien og erkjennelsesteorien, som naturrettsfilosofer, se typisk den seine Ross i «Naturret contra retspositivisme» (1963). Jeg syns ikke «naturret» er en treffende betegnelse for det syn på sammenheng mellom rett og moral som er begrunnet og forsvart her i avsnitt 3.2, ikke minst fordi retten etter min mening er historisk situert og må forstås kontekstuellt – noe de tradisjonelle naturrettsfilosofene var fremmede for, med deres evighetsperspektiv og universalisme i rettstenkingen.

(1.6) *Grunnantakelsen undergraver rettsordningens verdinøytralitet*

En tradisjonell innvending mot tilhengere av sammenhengstesen, som også kan rettes mot min grunnantakelse, er at den undergraver rettsordningens verdinøytralitet, se – mutatis mutandis – formuleringen til Eckhoff i andreutgaven av «Rettssystemer» (s 206 andre avsnitt), som jeg siterte mot slutten av avsnitt 3.1.1(2) foran.

På bakgrunn av den breie plass rimelighetsvurderingene allerede har i rettsordningen, dels som argumenttype, dels som lovfastsatt rett, dels som domstolskapt rettsregel, er en slik innvending meningsløs. Min grunnantakelse har sin tyngde som en ny vektnorm under rettsanvendelsen, og i og med at forutsetningen er at rimeligheten skal kunne grunngis på en etterprøvbar måte, vil tilslutning til grunnantakelsen bidra til mer åpenhet om verdispørsmål. Jf også min andre vitenskapsteoretiske grunnantakelse (kapittel 1 avsnitt 1.3 foran), som tar sikte på å øke verdi- og argumenttransparensen i rettsvitenskapelig forskning.

(2) *Rettslige innvendinger*(2.1) *Å legge avgjørende vekt på en rettsavgjørelses konkrete (individuelle) rimelighet betyr en aksept av rettsanvendernes private, i motsetning til allment aksepterte, moralstandpunkter*

En innvending mot min grunnantakelse kan være å hevde at økt vektlegging av konkrete rimelighetsbedømmelser vil legitimere at rettsanvenderen baserer sine avgjørelser på overflatisk synsing, herunder personlige kjepphester. Man må derfor fastholde at den konkrete (individuelle) rimelighetsbedømmelsen som gjeldende rett aksepterer på mange rettsområder, må baseres på allment aksepterte, moralstandpunkter.

Denne innvendingen har ideologiske røtter i opplysningstida, da den moderne rettsvitenskaps vugge sto, og jeg vil derfor gå til disse røttene som utgangspunkt for presentasjonen og drøftelsen av denne innvendingen.

I de første tiåra av 1800-tallet hadde det ifølge Michalsen 1997 (s 733 andre spalte første avsnitt) vært utbredt blant toneangivende norske rettsvitenskapere å hevde at hemmelige domspremisser ikke bare beskyttet Høyesterett mot kontroll fra de andre statsmakter og offentligheten, men også ga domstolen større armslag for vektlegging av *konkret rimelighet* i den enkelte avgjørelse. Etter at voteringene i Høyesterett fra 1863 ble offentlige, forsvant imidlertid dette argumentet fra scenen, og gradvis vant dominerende tanker fra tysk rettsvitenskap gjenklang også hos oss.

Den svenske rettshistorikeren Claes Peterson har hevdet at den historiske skolen i tysk rettsvitenskap på 1800-tallet, som reaksjon mot naturrettsstilhengernes forsvar for «ørubbliga, eviga sanningar grundade i rättens allmänna väsen eller idé» (2003–2004 s 572 tredje avsnitt) kjempet fram tilslutningen til den skarpe sondringen mellom

«... en i rättskällorna uttryckt allmän moral och juristens enskilda eller privata moral. ...» (Peterson 2003–2004 s 571 siste avsnitt.)

I Norge formulerte Oscar Platou i «Forelæsninger over Retskildernes Theori» (1915) på en frapperende måte et syn som likestilte det å vektlegge konkret rimelighet med privat, dvs fordomsfull rettsanvendelse. Men – paradoksalt – var Platou like klar i å omfavne «Sagens Natur» som grunnlag for løsningen av tvilsomme rettsspørsmål:

«... Det er ... "Sagens Natur", hvilende paa de gjældende almindelige Retsprinciper og objektivt seet saadan, som S a m f u n d e t opfatter den, som skal veilede Dommeren, det er Samfundets "Retsfølelse", ikke hans egen personlige Opfatning af, hvorledes Loven burde være, allermindst hans Opfatning af, hvorledes den foreliggende konkrete Interessekollision efter Billighed burde løses, som skal være det afgjørende. ...» (Platou 1915 s 59 andre avsnitt.)

Å kunne skjelne mellom «Samfundets Retsfølelse» og «sin lille private Mening» var, innrømmet riktignok *Platou* 1915 (s 60 første avsnitt), noe som «kræver juridisk Blik og Dømmekraft». Hva dette nærmere innebærer, fikk leseren imidlertid ikke så mye veiledning om.

Om vi nå gjør et byks framover i tid var også *Doublet og Bernt* 1993 (s 188) opptatt av vanskelighetene for «kritisk rettsvitenskap» med å sondre mellom «særstandpunkter» og «en felles verdimessig referanseramme».⁴²³

At *Bernt* i et nyere arbeid (2004 s 61–62) uten nærmere begrunnelse forsvarte den tradisjonelle oppfatningen om at en generelt forsvarlig regel måtte følges i den enkelte sak, også dersom den var konkret urimelig, viser hvor rotfestet den tradisjonelle forståelsen av Kants universaliseringsmaksime fortsatt synes å være.

Endelig vil jeg vise til følgende argumentasjonslinje hos Skoghøy i artikkelen «Rett, moral og politikk»:

«Ved anvendelsen av ulovfestet rett vil domstolene i tilfeller hvor det blir spørsmål om verdivalg, måtte legge til grunn den alminnelige moraloppfatning i samfunnet til enhver tid. ... Det verdisyn dommeren selv måtte ha, må være irrelevant.*

[s 873] ... Om dommerens personlige etikk skulle være avgjørende, ville det føre til nokså uholdbare tilstander.* Dersom man ikke har holdepunkter for annet, må man gå ut fra at loven er forutsatt administrert på grunnlag av de moraloppfatninger som til enhver tid gjør seg gjeldende i samfunnet.» (*Skoghøy* 1994 s 872 siste avsnitt flg.)

Mot de nå gjengitte tankemønstrene vil jeg først hevde at argumentet som ble brukt mot offentliggjøring av domspremissene i Høyesterett om at konkret (individuell) rimelighet i rettsanvendelsen har best vilkår bak lukkede dører, er et standpunkt som neppe har vært hevdet i det 20. århundres norske rettsvitenskap, og som vi derfor kan la hvile i fred.

Når det derimot gjelder kontrasteringen av den lille private dommermening mot samfunnets rettsfølelse – for å bruke Platous spissformulering som fellesnevner for de øvrige kritiske synspunktene på personlige rettsanvenderoppfatningers legitimitet i tilknytning til konkrete rimelighetsvurderinger – tror også jeg at man gjør klokt i å være åpen for at det kan by på reelle problemer når den enkelte rettsanvender skal sortere mellom (i) det personlige, i betydningen alvorlig mente, og (ii) det private, i betydningen overflatisk tenkte (synsepregete), standpunktet til rettslige tvilsspørsmål som enten involverer konkrete rimelighetsvurderinger eller andre moralspørsmål. Men utgangspunktet bør være greit nok: som framhevet av *Nygaard* 2004 (s 113 pkt b) er det brei aksept blant norske rettsvitenskapere for det syn at rettsanvendere kan bygge på sitt personlige syn ved harmoniseringen av sprikende argumenttyper. Derfor tror jeg at verken Platous dikotomisering eller den klart mer avdempete uttrykksformen til Skoghøy er egnet til å gi konkret veiledning i den vanskelige sorteringsoppgaven mellom standpunkter av kategori (i) og (ii).

⁴²³ Se et lengre sitat av deres syn i kapittel 2 avsnitt 2.3.3(1.4) foran

Mot å hevde at bare den alminnelige moraloppfatning kan være et legitimt moralsk argument, er det først og fremst nærliggende å innvende at det altfor ofte vil være forbundet med praktisk uoverstigelige vanskeligheter for en rettsanvender å ta rede på hva som faktisk er den alminnelige moraloppfatning. Argumentet er ikke nytt – en rekke rettsvitenskapere har derfor opp gjennom åra med rette kritisert bruken av slike vendinger som en tilsørende måte å begrunne standpunkter til rettsspørsmål på. Argumentasjonen til Tore Lunde, i doktoravhandlingen «God forretningsskikk næringsdrivande imellom», er i så måte typisk for denne kritikken:

«Tilvisingar til “anstendighetsfølelsen” til “gjennomsnittsnæringsdrivande” ... får preg av fiksjon, fordi resonnement av denne arten så godt som aldri er basert på empiriske undersøkingar av slike oppfatningar. Denne “trylleformelen” får mykje karakter av å vere tilvising til ein slags bonus pater familias, som heller ikkje kan seiast å ver noko klargjering av rettsbruken; ein står likevel att med ein regel der utfallet er avhengig av rettsbrukaren sitt skjønn.*» (Lunde 2001 s 195 andre avsnitt.)

Lundes refleksjon synes dessverre å ha munnet ut i en slags resignasjon, for han gjorde ikke noe forsøk på å oppstille en norm om eksplisitering av rettsanvenderskjønnet, som strategi for å kunne etterprøve det argumentativt.

Istedenfor (a) å styre unna moralsk argumentasjon, fordi empiriske data om utbredte moraloppfatninger er vanskelig tilgjengelig eller umulig å oppdrive, eller (b) å ty til fiksjoner om hva den alminnelige moraloppfatning eller anstendighetsfølelsen i samfunnet tilsier, er det derfor etter mitt syn klart å foretrekke at rettsanvenderen (c) tilkjennegir sin egen – begrunnete – oppfatning av de rimelighetsvurderinger eller andre moralspørsmål som saken reiser. Med «begrunnet» mener jeg da rasjonelt begrunnet – argumentasjonen skal altså ikke være på formelen «jeg føler at ...», men tvert imot på formelen «dette er (u)rimelig av følgende grunner: ...». I rettsavgjørelser med rimelighetsargumentasjon vil en slik begrunnelsespraksis kunne være en viktig del av den samlede rettsutviklingen.

Jeg vil også framheve at det heller ikke i straffesaker er holdbart å oppstille som ideal å vektlegge «den alminnelige rettsbevissthet» ved straffeutmålingen: dette vil regelmessig være å lure inn ukontrollerbare egne meninger under dekke av å anvende fellesverdier. Merkelappen «private» verdi- eller moralstandpunkter brukes vel gjerne om et verdi- eller moralstandpunkt som ikke tåler å bli framført offentlig. Fordringen om konkret (individuell) vurdering av urimeligheten impliserer imidlertid at vurderingene skal flagges.⁴²⁴

Når det mer spesifikt gjelder egne moralinnstillinger i omtvistete moralspørsmål, er det også mitt syn at en dommer må ta hensyn til om hennes «særstandpunkt» må antas å kunne vekke betydelig strid, eller klart være på

⁴²⁴ Dette er altså ikke et ideal som jeg bare vil oppstille for rettsvitenskapere i deres forskningsaktivitet, jf kapittel 2 avsnitt 2.3 foran.

tvers av alminnelige moral- eller rettsoppfatninger. Børre Knudsen-dommen, Rt 1983 s 1004, gir her en god illustrasjon av hvordan denne balanseoppgaven kan mestres på en eksemplarisk måte.⁴²⁵ Etter mitt syn er det som dommer i Norge i 2007 mindre legitimt å argumentere åpent for et «nei til abort»-standpunkt enn et «ja til abort»-standpunkt både innenfor en tradisjonell forståelse av gjeldende rett, og dersom man supplerer denne rammen med en moralfilosofisk forankret, skjerpet rimelighetssensur.

At rettsanvenderens standpunkt til vanskelige rimelighetsvurderinger eller andre moralvurderinger må være forankret i hans egen oppfatning, legitimerer heller ikke at han forfølger egne moralske eller ellers verdimessige kjepphester (særstandpunkter), f.eks. aversjon mot homofili eller jesuitter. Det kunne nok passere for 50–60 år siden, da homofili fortsatt var straffbelagt (Strl § 213) og jesuittene var utestengt fra riket (Grl § 2), men gjør det ikke i vår tid, jf Strl § 135 a, og for religiøs diskriminering også Diskrimineringsloven 3.6.2005 nr 33.⁴²⁶

Min dokumentasjon av rettspraksis om rimelighetshensyn i avsnitt 3.2.2 foran viste at rettsavgjørelser der rimelighetshensyn har vært utslagsgivende, ikke *en bloc* kan hevdes å være tynnere (momentfattigere) begrunnet enn andre rettsavgjørelser. Snarere vil jeg hevde at flere av de dokumenterte rettsavgjørelsene utmerker seg med allsidig argumentasjon. Ikke minst blant avgjørelser hvor tilhengerne av å vektlegge rimelighetshensynene har vært i mindretall, ser man flere eksempler på solid begrunnede domspremisser.

De foran presenterte innvendingene mot min grunnantakelse kan dermed tilbakevises som uholdbare. Det er gode grunner til å stille spørsmålet om den historiske skolen, og seinere rettsrealistene, «helte ut ungen med badevannet», da konkret rimelighet som grunnlag for standpunkter til retts-spørsmål ble sidestilt med forsvar for private, følelsesforankrete og ukontrollerbare, og dermed partiske, rettsavgjørelser.

(2.2) *Å legge avgjørende vekt på en rettsavgjørelses konkrete (individuelle) rimelighet svekker forutberegnelighetshensynet*

(2.2.1) *Generelt*

En innvending mot min grunnantakelse kan være å hevde at en avgjørende vektlegging av en rettsavgjørelses konkrete (individuelle) rimelighet svekker forutberegnelighetshensynet i rettsordningen.

Dette argumentet, som umiddelbart kan synes å være en sterk innvending, er ved litt ettertanke nokså gebrekkelig. Jeg vil hevde at dokumenta-

⁴²⁵ Høyesteretts syn ble presentert i avsnitt 3.2.1(7.3) foran.

⁴²⁶ At homofili ennå ikke er helt stuerent, framgår bl.a. av Diskrimineringsloven § 1, hvor vern mot diskriminering pga seksuell legning *ikke* er tatt med blant lovens formål.

sjonen av rettspraksis i avsnitt 3.2.2 foran viser at forutberegnelighetshensynet *ikke* som alminnelig regel har blitt regnet som mer tungtveiende enn hensynet til avgjørelsens konkrete (individuelle) rimelighet.

Riktignok fins det på noen rettsområder både lovbestemmelser og rettspraksis som bygger på at hensynet til forutberegnelighet i utgangspunktet skal være avgjørende. I strafferetten, hvor hensynet til legalitetsprinsippet står særlig sterkt (jf Grl § 96 og EMK art 7), er telefonsjikanekjennelsen, Rt 1952 s 989, fortsatt lærebokeksempel på at straffverdighet i den konkrete saken ikke kan anses som tilstrekkelig grunnlag for analogisk anvendelse av den da mest anvendelige straffebestemmelsen, strl § 350.⁴²⁷ Dermed smuldret grunnlaget for domfellelse bort, trass i at det, iallfall fra fornærmetes ståsted, måtte framstå som urimelig at gjerningsmannen slapp fri.⁴²⁸

Tilsvarende er Straffelovens foreldelsesbestemmelse (§ 67), Foreldelseslovens, Dekningslovens, skatte- og avgiftslovgivningens og prosesslovgivningens materielle fristbestemmelser og kjøpslovgivningens reklamasjonsbestemmelser i utgangspunktet absolutte, *ut fra det verdimessige grunnsyn* at tiden utvisker alle spor, og at enhver strafferettslig skyldig eller sivilrettslig forpliktet skal ha rett til å anse forholdet som opp- og avgjort etter en viss tid – som altså kan veksle fra 25 år for drap til «innen rimelig tid» når det gjelder reklamasjonsfristene i Kjøpsloven. Tungtveiende rimelighets- eller rettferdighetshensyn har likevel tvunget igjennom viktige unntaksbestemmelser fra dette utgangspunktet:

(i) Et eksempel på unntak fra bestemmelsene om foreldelse av straffbare handling etter at det har gått fra 5–25 år fra tidspunktet for den straffbare handlingen (Strl 1902 § 67), er bestemmelsen i Straffeloven 20.5.2005 nr 28 § 91, som fastsetter at straffansvaret for terrorhandlinger, krigsforbrytelser, folkemord og forbrytelser mot menneskeheten ikke foreldes. Bestemmelsen er uten parallell i den någjeldende Straffeloven.

(ii) Et annet eksempel på urimelighetsavvergende lovgivning er Yrskesskadeforsikringsloven 16.6.1989 nr 65 § 15(3) første setning, som i 1998 fikk en tilleggsbestemmelse som skal redusere sjansen for at et krav som er meldt til selskapet innen den absolutte foreldelsesfristen (på tre år), foreldes som følge av oversittelse av fristen for avbrytelse av foreldelse gjennom saksanlegg etter Foreldelsesloven 18.5.1979 nr 18 § 15(1), i situasjoner hvor forsikringsselskapet bevisst har halt ut tida overfor den skadelidte (eller dennes advokat) i håp om at søksmålsfristen skal bli forsømt. I slike situasjoner foreldes erstatningskravet bare dersom selskapet har gitt vedkommende særskilt skriftlig melding om at foreldelse vil bli påberopt, og skadelidte ikke har foretatt fristavbrudd innen seks måneder fra mottak av meldingen.

⁴²⁷ Isteden fikk vi Strl § 390 a, tilføyd ved Lov 3.6.1955 nr 2.

⁴²⁸ Tre nyere eksempler på tilsvarende problemstilling er piratdekoderdommen, Rt 1994 s 1610 (dissens 3–2), smartkortdommen, Rt 1995 s 35 og portscannerdommen, Rt 1998 s 1971 (dissens 3–2), hvor tiltalte ble frifunnet for overtredelse av Strl § 145(2), i to av tilfellene altså under skarp dissens. Bare i sistnevnte dom var utfallet etter min mening velbegrunnet.

(iii) Et tredje eksempel er Tvistemålsloven kapittel 24 om rett til oppfriskning av uteblivelsesdommer i forliksrådet og tingretten, som er videreført i Tvisteloven 17.6.2005 nr 90 kapittel 16 avsnitt III.

(iv) Et fjerde eksempel er Domstoloven § 153 om oppreisning mot ikke sjølforskyldt forsømmelse av prosessuelle frister i sivile saker.

(v) Et femte eksempel er rettsreglene om kreditorvern, som jeg går nærmere inn på i avsnitt (2.2.2) straks nedenfor.

De nå omtalte rettsreglene illustrerer slik jeg ser ikke noe annet enn at hensynet til konkret (individuell) rimelighet i rettsordningen må balanseres mot andre hensyn. Min grunnantakelse hevdes ikke å gjelde absolutt – uten unntak, men, som poengtert i avsnitt 3.2.1(2.3), hevdes grunnantakelsen i utgangspunktet å være anvendelig i forhold til all rett, dvs også de her omhandlede rettsreglene hvor forutberegnelighetshensynet har styrt regelutformingen.

Det sier seg sjøl at det bare reint unntaksvis vil være aktuelt å hevde, basert på min grunnantakelse, at en foreldelsesfrist ikke skal anvendes, eller en strafferegel anvendes uten rimelig klar lovhjemmel, fordi den motsatte løsningen ville være urimelig. Hensynet til funksjonsfordelingen mellom de øverste statsmakter vil nok oftest tilsi at ballen spilles over til de andre statsmaktenes, altså i praksis regjeringens, banehalvdel.

En annen side ved denne problemstillingen er at det åpenbart er en lovgiverutfordring å gi mer differensierte foreldelsesregler enn det vi for tida har. For eksempel kunne det være gode grunner til å spørre om ledende politikere og topper i næringslivet burde være underlagt strengere foreldelsesregler i forhold til nærmere angitte lovbrudd som har betydning for tilliten til deres utøvelse av verv eller stilling, enn borgere som ikke er i slik posisjon, jf historien om Oslo-ordfører Per-Ditlev Simonsens unndragelse av arveavgift og eventuelt skatt som kom opp i media i august 2007. En variant alternativ lovgivning kunne være at straffbare forhold begått mens man er i posisjon, eller som ellers ville foreldes mens man er i posisjon, likevel ikke gjør det så lenge man er i posisjon, eller et par år etter den tid.

Forutberegnelighetshensynet kan som det ses hevdes å ha fått en prioritert posisjon på bestemte rettsområder, men kan ikke generelt hevdes å nyte noen privilegert posisjon som et uskrevet grunnprinsipp i norsk rett. Uansett kan forutberegnelighetshensynet vanskelig hevdes å ha en privilegert moralfilosofisk status.

I forhold til eksemplet i avsnitt 3.2.1(8.1) foran, den manglende fulle skattleggingen av Arne Olav Brundtland for inntektene fra boka «Gift med Gro», har jeg allerede påpekt at Høyesterett i Forenede Papirfabrikkerdommen, Rt 1927 s 821, under påberopelse av reelle hensyn godtok den foretatte gjennomskjæringsligning til skade for skattyter for å avverge støtende resultater. Også i forhold til Brundtland kunne man ha valgt den samme løsningen, og begrunnet den på samme måte.

Som domseksempel på strid om forutberegnelighetshensynets vekt i forhold til vekten av en lovbestemmelse om anvendelse av et rimelighetskriterium, vil jeg vise til DnB Boligkredittdommen, Rt 1995 s 1540, (dissens 4–1), hvor den dissenterende dommer Coward ikke ville anse en sinnssvek-

ket kausjonist som ubundet av en kausjonsstillelse for sønnens boliggjeld i medhold av Avtl § 36, og i det vesentlige begrunnet sitt standpunkt slik:

«Betenkelighetene ved en vid bruk av bestemmelsen ligger i at det svekker forutberegneligheten i avtaleforhold. Og jo flere typer momenter man legger vekt på, jo vanskeligere er det å forutsi utfallet av en tvist. Det generelle hensynet til forutberegnelighet, blant annet for å spare partene og samfunnet for tvister, veier etter mitt syn tungt, og må i atskillig grad gå foran ønsket om helt konkret rimelighet. ...» (Rt 1995 s 1540 på s 1548 tredje avsnitt.)

Denne dissensen er vel neppe blant dem som vil rage høyest når dommer Cowards innsats som høyesterettsdommer skal oppsummeres: poenget med Avtl § 36 er å gjøre innhogg i prinsippet om at avtaler skal holdes, dersom resultatet ellers – etter en konkret vurdering – blir urimelig. Som jeg viste i avsnitt 3.2.2(3.10) foran, har det vært påregnelig helt siden NL 5-1-2 at umoralske avtaler ikke kan kreves opprettholdt. Det er et Reinhåret standpunkt å mene at urimeligheten ikke var klar nok i saken her til å begrunne lempning – men da får man som dommer tørre å si det rett ut, istedenfor å pakke inn standpunktet i nokså generelle vendinger.

Rettspraksis i tilknytning til Avtl § 36 synes ikke generelt å ha underminert avtalefrihetsmekanismen i det norske samfunnet på en måte som bør forurolige noen – uavhengig av politisk ståsted. Denne realiteten synes mer treffende oppsummert i Geir Woxholths «Avtalerett» enn av dommer Coward i sitatet ovenfor:

«... I all hovedsak må det sies at utviklingen i rettspraksis har skjedd harmonisk, uten at hensynet til forutberegnelighet i kontraktsforhold har fått alvorlige skudd for baugen ...» (Woxholth 2006 s 383 siste avsnitt.)

Som motargument mot min grunnantakelse har hensynet til forutberegnelighet uansett nokså kort livssyklus. Straks Høyesterett har latt rimelighets-hensynet få prioritet foran forutberegnelighetshensynet i en konkret retts-tvist, har man etablert en forventning om at liknende avgjørelser for framtida vil bli avgjort på samme måte. Høyesterettspraksis i sakene om promillekjøring til sjøs⁴²⁹ er et godt eksempel i så måte.

(2.2.2) Særskilt om rettsvernreglene i konkurs

En innvending mot min grunnantakelse kan være å hevde at lovgivningens bestemmelser om kreditorvern i konkurs gir en god illustrasjon av hvordan konkrete rimelighetshensyn avskjæres, fordi hensynet til notoritet og publisitet anses for avgjørende.

⁴²⁹ Passbåtkjennelsen, Rt 1973 s 433, er den eldste av disse avgjørelsene; elvebåtdommen, Rt 1995 s 1734 (dissens 4-1), satte (foreløpig) sluttstrek for Høyesteretts vilje til utvidende tolking av den aktuelle straffehjemmelen.

Det foreligger flere dommer hvor Høyesterett har uttalt at rettsvernreglene i konkurs er absolutte, dvs ikke gir spillerom for slike rimelighetsbetraktninger som ellers kan anvendes (som reelt hensyn).

Fra nyere høyesterettspraksis kan jeg som eksempel vise til Rockocco-dommen, Rt 1995 s 896, hvor Dekningsloven 8.6.1984 nr 59 § 7-10 om boets masseforpliktelse for konkursdebitors husleiegjeld ble tolket strengt, og boet ikke ble ansett masseforpliktet for et tidsrom hvor konkursåpningskjennelsen seinere var blitt opphevet. Utleieren anførte at bl.a. rimelighets-hensyn tilsa at man burde se perioden mellom den første (opphevede) og andre (endelige) konkursåpningskjennelsen som én sammenhengende periode. Førstvoterende dommer Stang Lund uttalte imidlertid, med støtte av de øvrige dommerne⁴³⁰, at man her var «på et område hvor hensynet til konkret rimelighet må vike for behovet for klare regler» (Rt 1995 s 896 på s 900 tredje avsnitt).

Et annet domseksempel, hvor de motstridende hensyn kommer særlig godt fram pga at dommerne delte seg i skarp dissens (3–2), er Momentum-dommen, Rt 1997 s 1050, hvor flertallet avsto å fravike en rettsvernregel i Verdipapirsentralloven 14.6.1985 nr 62 § 5-3, som etter mønster av Tinkl § 23 fastsatte at en rett som var stiftet ved avtale må være tinglyst seinest dagen før konkursåpningen for å ha rettsvern i konkurs. Alle fem dommere var enige om at hensynet til notoritet og publisitet tilsier en «streng linje» i tolkingen av disse bestemmelsene, men dommerne skilte lag i forhold til spørsmålet om å fravike lovbestemmelsens ordlyd pga spesielle omstendigheter ved saksholdet.

Saksforholdet var i korte trekk at Momentum AS, som var et investerings-selskap, hadde solgt en aksjepost som selskapet ennå ikke var blitt registrert som eier av i VPS, til en kjøper, Cabanco AB. Da VPS seinere registrerte Momentums kjøp av disse aksjene, ble kjøpet ved en feil fra VPS registrert på Momentums opprinnelige VPS-konto, som Oslobanken hadde panterett i. Oslobanken nektet så å overføre aksjene til Cabanco, trass i at Cabanco hadde betalt kjøpesummen på ca kr 3,6 millioner etter at Momentum var blitt registrert som eier av aksjene. Kort tid seinere gikk Momentum konkurs. Oslobanken var blitt holdt erstatningsansvarlig overfor Cabanco i en tidligere avgjørelse (Rt 1993 s 1464). I denne saken sto tvisten om Oslobanken også skulle holdes ansvarlig overfor Momentums konkursbo.

Førstvoterende dommer Gussgard, som sammen med dommer Backer utgjorde mindretallet, stemte for å frifinne Oslobanken for erstatningskravet. Hun la avgjørende vekt på (i) at det manglende rettsvernet skyldtes kontofører (VPS), (ii) at saken gjaldt kreditorvern, ikke tvist med en godtroende omsetningsserverver og (iii) at de kjøpte aksjene ble registrert på en pantsatt VPS-konto, og dermed ikke utad framsto som Momentums frie aktiva (Rt 1997 s 1050 på s 1054 tredje avsnitt).

⁴³⁰ Dommerne Aarbakke, Backer, Gjølstad og Sinding-Larsen.

Andrevoterende dommer Coward⁴³¹, som formulerte flertallssynet om å holde Oslobanken ansvarlig overfor konkursboet, uttalte følgende om fravikelihooden av denne rettsvernregelen:

«... Det klare utgangspunkt er at rettsvernsreglene gjelder absolutt, slik at det ikke er rom for noen vurdering av om reglene i det konkrete tilfellet fører til et rimelig resultat. Dette har gode grunner for seg, ikke minst for å unngå usikkerhet og tvister. Jeg ser det derfor [s 1055] som betenkelig å tolke inn skjønnspregede unntak i de lovfestede rettsvernsreglene. Etter min mening må dette føre til at heller ikke de temmelig spesielle forhold som foreligger i vår sak, og som førstvoterende legger avgjørende vekt på, gir grunnlag for noen innskrenkende tolking av verdipapirsentralloven § 5-3. ...» (Rt 1997 s 1050 på s 1054 siste avsnitt flg.)

Disse domseksemplene viser at Høyesterett som et nokså sjølsagt utgangspunkt har forholdt seg lojale overfor de klare prioriteringer av notoritets- og publisitetshensyn som er nedfelt i rettsvernbestemmelser i lovgivningen. Særlig i Momentum-dommen framkom det imidlertid, jf mindretallets votum, at også klare kreditorvernshensyn kan møte veggen i rikets høyeste domstol, dersom dommerne mener at resultatet blir for urimelig.⁴³²

De lege ferenda kunne man uansett reise spørsmålet om det er tungtveiende grunner til å opprettholde de gjeldende «absolutte» rettsvernsreglene for konkurssituasjoner. Jeg har vanskelig for å skjønne at retts tekniske hensyn tilsier at konkursboet skal vinne rett også i situasjoner der konkursskyldneren er ondetroende når det gjelder rettsvernsspørsmål.⁴³³ Kreditorkestinksjon i slike situasjoner gjør et unødigg innhogg både i god tro-prinsippet i formueretten og i hovedregelen om at kreditors beslagrett etter Dekningsloven § 2-2 er begrenset til de eiendeler som debitor virkelig eier.

(2.3) *Å legge avgjørende vekt på en rettsavgjørelses konkrete (individuelle) rimelighet er uforenlig med likhetshensynet*

En innvending mot min grunnantakelse kan være at avgjørende vektlegging av en rettsavgjørelses konkrete (individuelle) rimelighet er uforenlig med likhetshensynet. Generelt kan likhetshensynet framheves som et grunnleggende element i alle regelstyrte beslutningsprosesser, dvs som et karakteristisk trekk ved det samfunnsvitere gjerne kaller «byråkratisk rasjonalitet».

Tilknytningsavgiftdommen, Rt 1997 s 374, som jeg gjennomgikk foran i avsnitt 3.2.2(4.2), gir en klar illustrasjon på en avgjørelse hvor Høyesterett vek tilbake for å ta stilling til den konkrete rimeligheten av saksutfallet, fordi urimeligheten ble vurdert å være et problem ved den rettsregelen som måtte anvendes, altså primært et problem for lovgiver. Flere av dommene

⁴³¹ Med tilslutning fra dommerne Gjølstad og Aarbakke.

⁴³² Også Nygaard 2004 (s 155–56) brukte Momentum-dommen for å illustrere konkurransen mellom løsninger som er gode, samfunnsmessig sett, men som i blant kan gi klart urimelige resultater i konkrete saker. Han avsto imidlertid fra å uttale sin mening om dommen.

⁴³³ Et eksempel på en slik situasjon med ondetroende konkursskyldner er Huseby-Flatås Utbyggingsselskap-kjennelsen, Rt 1994 s 1447.

jeg gjennomgår i avsnitt (2.4) straks nedenfor, hvor synsvinkelen er konkret urimelighet versus lojalitet mot lovgiver, kunne isteden vært drøftet i forhold til likhetshensynet.

Motargumentet mot denne innvendingen er at den bærende ideen i all rimelighetsargumentasjon er at en avgjørende vektlegging av likhetshensynet ville gi et konkret urimelig resultat; derfor må hensynet til det konkrete resultatet tillegges avgjørende vekt. En annen måte å si det på, som ofte brukes som generell kritikk mot likhetshensynet i rettsordningen, er at det er vanskelig å operasjonalisere likhetshensynet, altså å begrunne likhet, eller mangel på det. Dette kan også formuleres slik at når hensynet som begrunner ikke-likhet, altså forskjell, er godt nok forankret i konkrete argumenter, har man nøytralisert appellen til likhetshensynet, og dermed ryddet banen for avgjørende vektlegging av urimeligheten. Likhets- og rimelighetshensynene har det til felles at når rettsanvendere påberoper dem, skjer det lett på en konsterende, istedenfor argumenterende, måte.

Hele kasuistikken i avsnitt 3.2.2 foran er unntaksfritt preget av at det er den konkrete (individuelle) urimeligheten som begrunner bruk av urimelighetsregelen i den aktuelle saken. Når man først konstaterer urimelighet, innebærer det at man har gjort et verdivalg, hvor denne urimeligheten overtrumfer verdien av å følge hovedregelen.

Likhetshensynet ivaretas likevel indirekte også når man treffer konkret rimelige avgjørelser, ved at avgjørelsen må treffes på en upartisk og uavhengig måte, slik idealene er for all rettsanvendelse. Dette impliserer at rettsanvenderen må kunne legge til grunn at den samme avgjørelsen ville være rimelig også i andre, teoretisk tenkelige, tilfelle som var overveiende like.

Denne innvendingen mot min grunnantakelse har mao ikke noen tyngde.

(2.4) Å legge avgjørende vekt på en rettsavgjørelses konkrete (individuelle) rimelighet, på tvers av ordlyd og forarbeider, er illojalt mot lovgiver

En innvending mot min grunnantakelse kan være at en avgjørende vektlegging av en rettsavgjørelses konkrete (individuelle) rimelighet, på tvers av ordlyd og forarbeider, vil være illojalt mot lovgiver (nasjonalforsamlingen), dvs mangle demokratisk legitimitet. Denne innvendingen er like gammel som opplysningstidas gave til verden – de borgerlige revolusjonene. Argumentet har da også vært framme i flere høyesterettsavgjørelser, som det avgjørende argumentet mot å la urimelighetsmomentet være avgjørende for saksutfallet.

I rettsvitenskapen adresseres spørsmålet om legitimiteten til rettsavgjørelser som (etter en ikke uplausibel lesning) strir mot både ordlyd og forarbeider oftest fra andre synsvinkler enn her. Eckhoffs innfallsvinkel til spørsmålet var *vekten* av lovtekst og forarbeider rett og slett – denne inn-

fallsvinkelen adresserer jeg straks nedenfor. Andre synsvinkler – som jeg *ikke* tar opp i fortsettelsen – er (i) grenser for domstolenes legitime bidrag til rettsutviklingen, og (ii) forholdet mellom rett og politikk i domstolene.

Et eksempel på anvendelse av de to sistnevnte synsvinklene ga *Rune Sæbø* i sin prøveforelesning i 1995 over oppgitt emne for dr juris-graden ved UiB, «Generalklausulene i formuerettslovgivingen i et rettskildeperspektiv». Sæbø trakk her fram «demokratisk kontroll»-hensynet som et generelt motargument mot å vedta formuerettslige lempningsbestemmelser (1996 s 316 andre avsnitt), men – vel å merke – uten sjøl å gi argumentet sin tilslutning.

Bjarte Askeland behandlet i sin avhandling for dr juris-graden ved UiB, «Erstatningsrettslig identifikasjon» (2002), i et innledende kapittel om juridisk argumentative problemstillinger, det spillerommet som de øvrige statsmaktene til enhver tid kunne forventes å la stå åpent for domstolskapt rettsutvikling – et spillerom som av Askeland ble betegnet som «domstolenes legitimitetsintervall» (s 33 flg). Denne betegnelsen passer etter min mening godt for de ovennevnte synsvinklene som jeg ikke tar opp i fortsettelsen – men kan også nyttes i en drøftelse av spillerommet for domstolenes bruk av rimelighetsargumentasjon. Se nærmere herom i avsnitt (2.6) nedenfor.

Synne Sæther Mæhles avhandling for dr juris-graden ved UiB, «Grenser for rettsanvendelsesskjønn : Om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern» (2005), er det mest ruvende eksemplet i nyere norsk rettsvitenskap på adressering av de to sistnevnte problemstillingene. Etter min mening gir Mæhles argumentasjon generell støtte for den vurdering at domstolenes avgjørende vektlegging av konkret rimelighet ikke kan hevdes å utfordre domstolenes lojalitetsplikt overfor lovgiver.

Lesere av Eckhoffs «Rettskildelære» vil først og fremst forbinde denne problemstillingen med hans drøftelse av spørsmålet om det noen gang kan være holdbart av rettsanvendere å fravike både lovtekst og forarbeider. Høyesterettsdommene som Eckhoff tok for seg i denne forbindelsen var de to bidragspliktdommene (sterilitetsdom I og II) fra 1920-åra, Rt 1916 s 648 (dissens 4–3) og Rt 1921 s 406 (dissens 5–2); farskapspresumsjonsdommen, Rt 1965 s 607 (dissens 3–2); stolpegrunndommen, Rt 1961 s 98 (dissens 4–1); sinnssykes ankerett-kjennelsen, Rt 1979 s 1079; og Nagell-Erichsen-dommen, Rt 1982 s 745.⁴³⁴

Eckhoffs egen sammenfatning av disse dommene, ut fra synsvinkelen harmonisering av argumenttyper i strid med både lov og forarbeider, var følgende:

«Hvis både lovtekst og forarbeider peker klart i samme retning, skal det meget til før domstolene legger en annen forståelse til grunn selv om de er lite tilfredse med løsningen.» (Eckhoff 1987a s 74 nestste avsnitt.⁴³⁵)

⁴³⁴ Eckhoff 1971b (s 77–80); Eckhoff 1987a (s 74–77); Eckhoff 1993 (s 73–76); og uendret i Eckhoff og Helgesen 2001 (s 88–91). Domstilfanget er ikke helt sammenfallende i de tre utgavene som Eckhoff sjøl utga: Rt 1965 s 607 ble bare presentert i førsteutgaven, mens andre- og tredjeutgaven også inneholder presentasjon av sinnssykes ankerett-dommen, Rt 1979 s 1079. Eckhoffs framstilling og synspunkter var hovedsakelig uendret i alle utgavene.

⁴³⁵ Uendret (bortsett fra plasseringen) i forhold til Eckhoff 1971b (s 77 andre avsnitt); likedan i Eckhoff 1993 (s 73 nestste avsnitt); og uendret i Eckhoff og Helgesen 2001 (s 88 andre avsnitt).

Eckhoff problematiserte ikke dommernes avgjørende vektlegging av rimelighetshensynene direkte, trass i at disse var utslagsgivende enten for flertallet eller mindretallet i alle dommene bortsett fra sinnssykes ankerettkjennelsen.

I både sterilitetsdom I og II la således flertallet avgjørende vekt på at det ville være urimelig å pålegge bidragsplikt når det var ført bevis for at vedkommende ikke var forplantningsdyktig, trass i at ordlyden bare krevde bevis for samleie med barnemora i det kritiske tidsrom, og forarbeidene hadde anbefalt at bevis for manglende forplantningsevne ikke ble tillatt ført.⁴³⁶ Følgende sitat fra den første dommen er representativ for flertallssynet i begge dommene:

«...Uanset uttryksmaaten i lov av 6. juli 1892 § 25 og uanset, at i den kongelige proposition, der ligger til grund for loven, er uttalt, at i paternitetssaker aldrig blir at ta hensyn til paastaat impotentia hos den utlagte barnefar, kan det ikke findes, at loven indeholder den i sig selv litet rimelige bestemmelse, at en mand, der utvilsomt er ute av stand til at avle barn og saaledes er utelukket fra at være far, desuagtet [s 650] av domstolene skal erklæres at være barnefar, saafremt han har hat legemlig omgang med barnemoren til en tid, der falder sammen med den antagelige besvangrelsestid. ...» (Rt 1916 s 648 på s 649 siste avsnitt flg.)

I andre utgaven av «Rettskildelære» ga Eckhoff den kommentar til domsresultatene i disse to dommene at

«... Høyesterett den gang var mindre lojal overfor Stortinget, enn retten er i dag. Et annet tegn som tyder på det samme, er at Høyesterett i årene omkring første [s 76] verdenskrig var mer tilbøyelig til å kjenne lover grunnlovsstridige enn den har vært før og ble senere. ...» (1987a s 75 siste avsnitt flg.)

Eckhoff fulgte opp denne kommentaren med (på s 76 andre avsnitt) å sitere Fredrik Stangs beretning fra sin tid som tilkalt dommer i Høyesterett rundt første verdenskrig, hvor Stang hadde bitt seg merke i høyesterettsdommer Skattebøls uttalelse under en domskonferanse om at Høyesterett aldri hadde hatt seg tvinge av en lov til å avsi en dom som den sjøl fant urettferdig (Stang 1942 s 19). Og deretter serverte han sitt ledende synspunkt, som også i sammenhengen her er det mest sentrale Eckhoff-utsagnet:

«Den holdning som Skattebøl ga uttrykk for, finner man neppe i Høyesterett i dag. Det legges nok vekt på rettferdighetshensyn. Men hvis loven er tilstrekkelig klar, pleier retten å bøye seg for den, selv om den finner resultatet urimelig. ...» (Eckhoff 1987a s 76 tredje avsnitt.⁴³⁷)

⁴³⁶ Henholdsvis Odelstingsproposisjonen til loven i forhold til den første saken, og utsagn under handlingene i Odelstinget og Lagtinget i forhold til den andre saken, noe mindretallene i begge saker behørig påberopte.

⁴³⁷ Likedan i Eckhoff 1993 (s 75 første avsnitt); og uendret i Eckhoff og Helgesen 2001 (s 89 siste avsnitt).

Eckhoff fulgte opp denne ytringen gjennom korte referater av stolpegrunndommen, Rt 1961 s 98 (dissens 4–1) og Nagell-Erichsen-dommen, Rt 1982 s 745, og et lengre referat av sinnssykes ankerett-kjennelsen, Rt 1979 s 1079. Her skal jeg knytte kommentarene bare til de to første avgjørelsene, fordi den sistnevnte ikke involverte rimelighetsbetraktninger i det hele tatt.

I stolpegrunndommen gjaldt tvisten om fire grunneiere som hadde bestilt telefonabonnement, etter den dagjeldende Telegrafloven 9.6.1903 § 3 pliktet å avgi vederlagsfri grunn for stolpefester hvor Telegrafverket kunne strekke ikke bare ledninger til vedkommende abonnent, men også ledninger til andre abonnenter. Førstvoterende dommer Schei⁴³⁸, som formulerte flertallets syn, fant det «lite rimelig, at en abonnent skal måtte gi fri grunn på sin eiendom for en stolperække som ikke bare fører hans egne tråder, men også en mengde linjer ellers» (Rt 1961 s 98 på s 101 siste avsnitt). Men, fortsatte Schei, «[j]eg kan imidlertid ikke finne at dette ... er tilstrekkelig til, at man kan sette til side den forståelse av loven som teksten med støtte i forarbeidene etter min mening tilsier» (samme sted).

Den dissenterende dommer Hiorthøy innrømmet at førstvoterende dommer Scheis tolkning av abonnentvilkårene kunne være plausibel, men mente at dette likevel ikke kunne være avgjørende,

«... dels fordi forholdet neppe utpeker seg slik for den teknisk ukyndige almenhet, men særlig fordi det for en alminnelig betraktning ikke synes rimelig begrunnet at den enkelte, tilfeldige grunneier skal belastes utgifter utover dem som knytter seg til den ved hans abonnement særskilt foranledigede “stikklinje”» (Rt 1961 s 98 på s 103 nest-siste avsnitt.)

I stolpegrunndommen bemerket for øvrig dommer Rode i sitt sammenfallende særvotum med flertallet at

«... slik jeg med førstvoterende oppfatter lovens ordning når det gjelder grunneiernes plikt til å gi fri stolpegrunn, kan den synes mindre rimelig etter forholdene i dag. Dette må imidlertid i tilfelle rettes ved lovgivning, og får ikke betydning for hvordan jeg mener den gjeldende lov er å forstå.» (Rt 1961 s 98 på s 104 femte avsnitt.)

Det interessante i denne dommen er etter min mening de prinsipielle overveielsene, ikke den konkrete rimelighetsbedømmelsen. Slik førstvoterende dommer Schei framstilte saksforholdet, framstår det for meg som mindre plausibelt om det overhodet forelå noe urimelig ved de abonnentvilkårene som var hjemlet i den daværende loven. Når først stolper trengtes for å framføre den enkelte abonnentens stikklinje til hans eiendom, kan det etter min mening vanskelig hevdes å være nevneverdig tyngende for vedkommende, om Telegrafverket også skulle finne det beleilig å føre noen linjer til andre abonnenter via de samme stolpene. Men dommen inneholder ikke opplysninger om tallet på slike ledninger, noe som bør være avgjørende for vurderingen av den skjemmende virkningen.

⁴³⁸ Med tilslutning av dommerne Rode, Nygaard og Holmboe.

I Nagell-Erichsen-dommen, Rt 1982 s 745⁴³⁹, kunne høyesterettsdommerne rolig sparke ballen – den uttalt urimelige konsekvensen av gjeldende skatteregler – over til lovgiver, uten å trenge å bekymre seg over den ankende parts evne til å tåle et tap.

For å gjøre denne gjennomgåelsen av relevant rettspraksis tilstrekkelig representativ⁴⁴⁰, vil jeg kort rekapitulere bemerkninger i tre ytterligere dommer med vota som klart formulerer det jeg vil karakterisere som *en dommerholdning om å spille utpreget lovgivningsforankret urimelighet over til lovgivers «banehalvdel»*, nemlig farskapspresumsjonsdommen, Rt 1965 s 607 (dissens 3–2), Eltema-dommen, Rt 1987 s 35 og HIV-smittedommen, Rt 1990 s 768.

I farskapspresumsjonsdommen, Rt 1965 s 607 (dissens 3–2) hadde dommer Anker, som tilhørte flertallet, et særvotum som klart formulerte en slik dommerholdning, og som det følgelig er passende å gjengi i sin helhet:⁴⁴¹

«... Uansett hva man måtte mene om rimeligheten av førstvoterendes resultat, kan man etter min mening ikke komme til noen annen løsning når man skal bygge på lovteksten. Jeg finner ikke å kunne sette lovens ord til side ut fra en formodet mening om lovgiverens hensikt. Det gjelder en ny lov, tilblitt etter vanlig forberedelse, og det tilfellet vi har til avgjørelse, går klart inn under lovens tekst og under den generelle drøftelse i motivene, selv om den konkrete variant med de detaljer som her foreligger, ikke er spesielt nevnt.» (Rt 1965 s 607 på s 614 nederst.)

Eltema-dommen, Rt 1987 s 35, gir en tilsvarende god illustrasjon av Høyesteretts policy med å spille en utpreget lovgiveroppgave over til politikerne. Problemstillingen var om en pantsettelse av enkle krav etter Panteloven § 4-10 skulle stå seg i konkurs, trass i at en særskilt factoring-avtale om slike fordringer ikke var inngått. En enstemmig rett⁴⁴² uttalte – imot den anførsel at en godkjenning av slik panterett «vil føre til en urimelig svekkelse av de personlige kreditorers stilling» – og med direkte henvisning til at disse lovpolitiske spørsmålene var blitt overveid under lovforberedelsen, at «det i tilfelle [er] en lovgivningsoppgave å foreta de endringer som måtte anses påkrevd», dersom denne lovforståelsen «får for uheldige konsekvenser» (Rt 1987 s 35 på s 39 femte avsnitt).

Det er nærliggende å tro at dommerne her spilte ballen over til lovgiver dels fordi det hadde gått så kort tid siden den nye lovbestemmelsen hadde

⁴³⁹ Denne dommen har jeg kommentert nærmere både i avsnitt 3.2.1(2.3) og avsnitt 3.2.2(4.3) ovenfor.

⁴⁴⁰ Intensjonen her omfatter ikke å drøfte alle dommer som berører lojalitet mot lovgiverproblemstillingen. Tilknytningsavgiftsdommen, Rt 1997 s 374, omtalt i avsnitt 3.2.2(4.2) foran, inneholdt f.eks. en formulering av tilsvarende art som i de to dommene jeg nå skal gjennomgå, men på langt nær så eksplisitt uttalt. For ytterligere domsreferanser, se *Aasland* 2000 (s 161 første petitavsnitt) og *Nygaard* 2004 (s 114–15 avsnitt 4).

⁴⁴¹ Dommen er grundigere behandlet i avsnitt 3.2.2(2.3) foran, særlig med henblikk på mindretallets påberøping av rimelighetsbetraktninger som den avgjørende argumenttype.

⁴⁴² Førstvoterende dommer Hellesylt, med tilslutning fra dommerne Langvand, Sinding-Larsen, Schweigaard Selmer og Halvorsen.

trådt i kraft, dels fordi partsforholdet i saken var slik at det ikke var noen fysisk person som framsto som potensielt skadelidende pga domsutfallet.

HIV-smitte-dommen, Rt 1990 s 768, gjaldt spørsmålet om det var grunnlag for å statuere erstatningsansvar på objektivt grunnlag for staten etter at en kvinne var blitt påført HIV-smitte gjennom blodoverføring i 1983 forbindelse med en sykehusoperasjon, og deretter smittet ektefellen gjennom seksuell omgang med ham. Ektefellen døde av smitten før ankeforhandlingen i Høyesterett. En enstemmig rett frifant staten både på skyldgrunnlag og for objektivt ansvar. I forhold til skyldansvaret la retten til grunn at man på smittetidspunktet ikke hadde tilstrekkelig oversikt over smitterisikoen. Retten bemerket videre kort at det i to tidligere dommer var blitt uttalt at det ikke var grunnlag for objektivt ansvar for smitterisiko for pasienter ved sykehusopphold. Om grunnlaget for nå å fravike denne praksisen i denne saken, uttalte førstvoterende dommer Aasland⁴⁴³ følgende:

«I denne sak står man etter mitt syn overfor et tragisk tilfelle hvor gjeldende rett ikke gir grunnlag for objektivt ansvar for det offentlige. Som fremholdt i Rt 1978 s 482, må det være en lovgivningsoppgave å vurdere om objektivt ansvar skal innføres i tilfelle av skader påført ved opphold eller behandling i sykehus.» (Rt 1990 s 768 på s 777 nestsiste avsnitt.)

Etter mitt syn er det noe oppsiktsvekkende at Høyesterett her valgte å spille andrefiolin i rettsutviklingen på et rettsområde, det objektive erstatningsansvaret, som ofte framheves som paradeeksempel på uskreven rettsdannelse (domstolskapt rett).

Mitt samlede inntrykk av høyesterettspraksis er at denne framviser en større nyanserikdom i viljen til avgjørende vektlegging av konkret (individuell) rimelighet enn i den foran gjengitte, sammenfattende vurderingen til *Eckhoff* 1987a, hvor han kontrasterte høyesterettsdommer Skattebøls syn på den rådende holdningen blant høyesterettsdommere rundt første verdenskrig, med sin egen oppfatning mot slutten av sin lange karriere som rettsvitenskaper. Dissensene i stolpegrunndommen og i farskapspresumsjonsdommen kan ikke knipses bort som uinteressante. Man skal heller ikke undervurdere den langsiktige betydningen av at Høyesterett både i telefon-sjikanekjennelsen, Rt 1952 s 989, og i Nagell-Erichsen-dommen, riktignok valgte å avstå fra henholdsvis å straffe og å frita for skatteplikt, men likevel gjennom de tydelig formulerte domspremissene utvirket at ny lovgivning forholdsvis raskt kom på plass. Slik oppnådde Høyesterett på en effektiv måte å få rettet opp klare urimeligheter i lovgivningen. De aktuelle enkeltpersoner ble riktignok ofret, noe jeg ikke er enig i. Domsutfallene i disse sakene framstår uansett ikke som uforsvarlig.

Det jeg nettopp karakteriserte som en dommerholdning om å spille utpreget lovgivningsforankret urimelighet over til lovgivers «banehalvdel»,

⁴⁴³ Med tilslutning av kst dommer Stuevold Lassen, dommerne Backer og Røstad og justitiarius Sandene.

er kanskje blant de vanskeligste spørsmålene i balansegangen mellom de tre øverste statsmaktene, både rettslig og politisk. I ei tid der individrettigheter synes å ha mer vind i seilene enn noen gang i det moderne Norge, syns jeg det er noe fattigslig over advarsler mot å utfordre lovgiverviljen gjennom konkret rimelige dommer. Høyesterett har da også i våre dager faktisk vist at domstolen har levd opp til Carsten Smiths parole om at Høyesterett både skal ha seil og anker (*C. Smith* 1996b s 20). Rentedommen, Rt 2002 s 71, er etter min mening en ypperlig dom å konfrontere de som kommer trekkende med telefonsjikanekjennelsen og Nagel-Erichsendommen mv som trumfkort mot Høyesteretts rett til å legge avgjørende vekt på rimelighetsaspektet i en sak. For her hadde Høyesterett åpenbart alternativet å spille ballen over til lovgiverbanehalvdelen. Isteden valgte dommerne (i avdeling) med et pennestrøk å stryke den innarbeidete oppfatningen om at det kreves konkret rettsgrunnlag for å kreve forsinkelsesrenter av en skyldner.

Spørsmålet om den konkrete rimeligheten av et domsresultat bør overtrumfe både lovtekst og forarbeider, er av andre i norsk juridisk argumentasjonsteori enn Eckhoff kort berørt av Bjørn Stordrange, i prøveforelesningen «Hvordan kan tidligere rett “overleve” etter at lovgivningen er endret?» over oppgitt emne for dr juris-graden på Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo, 1988. Her drøftet Stordrange om Høyesterett respekterer ny lovgivning, også dersom den blir ansett urimelig, over tre sider (s 826–28). Stordranges sammenfatning var forbausende lik Eckhoffs vurdering i «Rettskildelære»:

«Man må ... kunne si at det er få norske dommere som i praksis lever opp til den erklæring som tillegges tidligere høyesterettsdommer Skattebøl,* at Høyesterett ikke lar seg tvinge til å avsi en urimelig dom.» (*Stordrange* 1988 s 828 tredje avsnitt.)

Gunnar Aasland hevdet i artikkelen «Noen betraktninger om rettskildepørsmål i Høyesteretts praksis» (2000) at høyesterettsdommer Skattebøls formulering neppe kan ha vært bokstavelig ment den gang den falt, «og ... iallfall ikke [er] dekkende for dagens situasjon» (s 160 pkt 4.1 første avsnitt):

«... også om selve lovregelen oppfattes som urimelig, er utgangspunktet at domstolene likevel må anvende den. Avveiningen av de ofte motstridende hensyn som ligger bak en lovregel, hører under lovgiveren, ikke under domstolene. Hva som er rimelig, vil det også ofte være delte meninger om.» (*Aasland* 2000 s 160 pkt 4.1 første avsnitt.)

At Aasland gikk så langt i å si seg enig i en tradisjonell oppfatning av funksjonsfordelingen mellom Høyesterett og de øvrige statsmakter i forhold til ansvaret for lovgivning, er interessant – for Aasland er ellers den høyesterettsdommer som i de siste 30 åra har vært klart dristigst når det gjelder å

forsvare rettsutvikling basert på uskrevne rettslige grunnprinsipper.⁴⁴⁴ I to petitavsnitt på den følgende siden nyanserte imidlertid Aasland ovenstående noen hakk, etter først å ha nevnt enkelte dommer der Høyesterett faktisk hadde gitt uttrykk for misnøye med det materielle innholdet i rettsreglene som ble anvendt:

«At slike uttalelser er sjeldne, betyr imidlertid ikke uten videre at Høyesteretts dommere alltid er enige i den lovgivning det dømmes etter, men kan også være utslag av at dommerne ganske enkelt avfinner seg med funksjonsfordelingen mellom lovgiveren og domstolene. For eksempel tror jeg nok at svært mange av Høyesteretts dommere – uten å gi uttrykk for det i dommene – følte det lite rimelig å dømme til straff etter de nå opphevede regler om straff for unnlatt innbetaling av merverdiavgift, hvor det i mange tilfelle ble idømt ubetinget fengselsstraff for det som i realiteten var et sivilrettslig mislighold i en vanskelig økonomisk situasjon. En annen sak er at Høyesterett må bære et ansvar for at straffereaksjonene ble så vidt strenge. Det *er* nok flere dommere enn jeg som ser tilbake på disse sakene med liten glede.*» (Aasland 2000 s 161 andre petitavsnitt.)

Etter min oppfatning indikerer Aaslands beklagelse av domspraksis gjennom flere år i «momsunderslag»-sakene at bare en liten forskyving i balansepunktet i forholdet til de andre statsmaktene kunne ha åpnet for en praksisomlegging i strid med lovens ordlyd for å ivareta rimelighetshensynene, og iallfall burde ha utløst klar kritikk fra høyesterettsdommerne straks sjansen bød seg – slik Nagel-Erichsen-dommen, Rt 1982 s 845, illustrerer så godt. På dette rettsområdet, hvor beskyttelsen av statens viktigste skattefundament bortsett fra særskatten på petroleumsinntekt spilte inn, måtte nok de høyst ærverdige dommerne uansett måtte ha tatt høyde for å gå flere runder før Finansdepartementet ville ha gitt seg – noe de altså gjorde til slutt, etter kritikk fra Johs. Andenæs, slik Aasland opplyste i fotnoten i slutten av sitatet.

Jeg vil spissformulere mitt syn på den innvendingen som er drøftet i dette avsnittet slik: *For det første* tror jeg intet samfunn får bedre dommere enn det fortjener. Dersom det avsies for mange konkret urimelige dommer, indikerer det snarere dårlig dommerskjønn enn at man har gått for langt i å la dommerne treffe konkret rimelige avgjørelser. *For det andre* tror jeg intet samfunn får bedre folkevalgte enn det fortjener. Går de folkevalgte for langt i å detaljregulere rettsanvendelsen, i domstolene eller i forvaltningen, får man raskt tilstander som vi for få år siden så et graverende eksempel på i Tvind-saken i Danmark.⁴⁴⁵

Fra vårt eget stortingsliv kan nevnes stortingsflertallets vegring i 2005 mot å kaste seg på stortingsrepresentantene Per Sandberg og Carl I. Hagens forslag om at Stortinget – fordi Erna Solbergs departement oppviste en slik kraftløshet – sjøl skulle instruere re-

⁴⁴⁴ Jeg nevner i fleng følgende utvalg av avgjørelser hvor Aasland var førstvoterende: Børre Knudsen-dommen, Rt 1983 s 1004; etterforskning med provokasjonstilsnitt-dommen, Rt 1984 s 1076; Norske Fjellhus-dommen, Rt 1986 s 1210; gatekjøkkenkjennelsen, Rt 1991 s 616.

⁴⁴⁵ Nærmere om Tvind-saken i avsnitt (2.6) nedenfor.

gjøringen om å utvise den irakiske flyktningen som har blitt kjent under navnet Mulla Krekar.⁴⁴⁶

En moralsk plikt for domstolene til å legge avgjørende vekt på en avgjørelses rimelighet kan etter dette knapt hevdes å være uforenlig med lojalitet mot lovgiver, men gir heller ingen garanti mot avsigelse av konkret urimelige dommer. Det har lenge vært brei oppslutning i norsk rettsliv om det syn at det er en legitim oppgave for domstolene å bidra til rettsutviklingen. Det er vanskelig å finne holdepunkter for at konkret rimelige avgjørelser i domstolene skulle utgjøre en egen klasse av dårlige bidrag til slik rettsutvikling.

(2.5) *Å legge avgjørende vekt på en forvaltningsavgjørelses konkrete (individuelle) rimelighet ved domstolprøvingen undergraver domstolenes objektivitet og uavhengighet*

En innvending mot min grunnantakelse kan være at en avgjørende vektlegging av en forvaltningsavgjørelses konkrete (individuelle) rimelighet ved domstolprøvingen vil undergrave domstolenes objektivitet og uavhengighet. Forvaltningslovutredningen 1958 (s 377 andre spalte siste avsnitt) inneholdt en klar advarsel mot at domstolene blander sammen forvaltning og rettspleie i sin prøving av forvaltningsskjønnets urimelighet.⁴⁴⁷ Denne tankegangen hadde røtter bl.a. i Jon Skeies nokså stivbeinte synspunkter på funksjonsfordelingen mellom forvaltningen og domstolene, og hans meget restriktive grunnholdningen til domstolprøving i det hele, men hadde neppe noen tilslutning i norsk rettsvitenskap på 1960- og 1970-tallet, jf f.eks. *Bernt* 1978 og *Boe* 1978, som jeg gjorde rede for i avsnitt 3.2.2(4.2) foran. *Bernt* hevdet også bl.a. at

«... fordi tyngdepunktet i begrunnelsen for læren om det frie skjønn er forskjøvet fra maktfordelingsbetraktninger til spørsmål om hva som er en hensiktsmessig funksjonsfordeling mellom domstoler og forvaltning, er det blitt rom for langt mer nyanserte vurderinger av domstolsprøvingens intensitet enn læren om det frie skjønn innbød til i sin eldre utforming. ...» (*Bernt* 1978 s 326 andre avnitt.)

Boe fulgte i 1981 opp sin ovennevnte artikkel med å hevde at det «er ingen grunn til å tro at Mortvedt-dommen representerer den endelige sluttsten på utviklingen» (1981 s 48 siste avsnitt), og at han mente at *Bernt* 1978 hadde rett i at domstolene og teorien etter en avveining av kryssende hensyn hadde funnet det riktig å gå inn for en relativt dyptpløyende overprøving av

⁴⁴⁶ Se Dok 8:60 (2004–2005) og Tidende S (2004–2005) s 1966–69 og s 1972. Forslaget ble ikke bifalt, med stemmetallene 84 mot 20.

⁴⁴⁷ Advarselen er sitert i avsnitt 3.2.2(4.2) foran. Forfatterne av Forvaltningslovutredningen 1958 hadde neppe bekymret seg slik uten de tunge føringene fra rådende prosessrettslig litteratur, jf typisk *Skeie* 1929, som på de første 100 sidene reindyrket skillet mellom jurisdiksjon og administrasjon i forbindelse med drøftelsen av domstolenes kompetanse til å overprøve forvaltningsavgjørelser.

forvaltningens skjønn ved vedtak som griper inn i privates sfære (1981 s 49 første avsnitt).

Det var kanskje et ekko av en tankegangen fra Skeie og Forvaltningslovutredningen 1958 da Høyesterett i «dom for realiteten»-kjennelsen, Rt 2001 s 995, enstemmig⁴⁴⁸ avgjorde at en trygdet som hadde fått medhold i påstanden om opphevelse av Trygderettens kjennelse om å opprettholde trygdemyndighetenes avslag på hans uføresøknad, ikke også skulle få dom for realiteten, altså for hva det nye vedtaket i trygdeforvaltningen skulle gå ut på.

I «dom for realiteten»-kjennelsen ble sammenblandingsargumentet fra Forvaltningslovutredningen 1958 ikke benyttet. Mortvedt-dommen var av den kjærende parts prosessfullmektig, advokat Håkon Helle, blitt utnyttet for alt den var verdt som argument for at prinsippet om å kunne kreve dom for realiteten var en anerkjent forvaltningsrettslig rettsregel. I Mortvedt-dommen hadde nemlig Høyesterett ikke nøydt seg med å oppheve avslaget på Mortvedts søknad om drosjebevilling, men også avgjort at bevilling skulle gis. Førstvoterende dommer Oftedal Broch poengterte imidlertid at Mortvedt-dommen ikke er blitt fulgt opp i seinere rettspraksis hva angår akkurat dette spørsmålet (Rt 2001 s 995 på s 1001 tredje avsnitt).

Uansett hva man måtte mene om den grensetrekking mellom statsmaktene som «dom for realiteten»-kjennelsen innebar, er det interessant at assisterende regjeringsadvokat Tolle Stabell i artikkelen «Rettsliggjøring – domstolenes skjønnsmessige overprøvinger» (2002) fulgte opp den skeptiske linje mot domstolene ved sammenfatningsvis å hevde at «en intensivert rimelighetskontroll fra domstolenes side [vil] være egnet til å eksponere domstolene for indre uenighet og potensielt tap av autoritet» og at «[d]emokratihensyn taler mot en for intens sensur» (s 832 siste avsnitt).

Etter mitt syn er det ikke grunnlag for å hevde at økt vektlegging fra domstolenes side av en forvaltningsavgjørelses eller bestemt lovtolkings rimelighet i forbindelse med den rettslige overprøvingen, vil undergrave domstolenes objektivitet, slik Forvaltningslovutredningen 1958 fryktet. En slik frykt synes basert på det vitenskapsteoretisk velkjente standpunktet at verdistandpunkter ikke kan begrunnes rasjonelt. Dersom man – slik jeg har gjort i kapittel 2 avsnitt 2.3.1(2) ovenfor, og utdypet her i kapittel 3 avsnitt 3.1.2(2) – avviser det erkjennelsesteoretiske grunnlaget for dette standpunktet – er det heller ikke grunnlag for å opprettholde en antakelse om at større vektlegging av konkret rimelighet vil undergrave domstolenes objektivitet. For øvrig vil jeg hevde som mitt dominerende inntrykk av høyesterettspraksis hvor termen «(u)rimelighet» inngår som avgjørende element i argumentasjonen, at disse avgjørelsene har tålt tidens tann vel så bra som rettspraksis ellers.

Den skepsis som Forvaltningslovutredningen 1958 uttrykte mot at domstolene går «for langt» i sin prøving av forvaltningsavgjørelses rimelighet er malplassert allerede av den grunn at rimelighetshensynene har en ube-

⁴⁴⁸ Førstvoterende dommer Oftedal Broch, med tilslutning fra dommerne Rieber-Mohn, Utgård, Bruzelius og Lund.

stridelig og sentral plass innenfor et annet sentralt rettsområde – formueretten. Det er følgelig vanskelig å forestille seg at folk flest ville underskrive på en slik betraktning.

Heller ikke bør en bekymring for domstolenes uavhengighet, jf EMK art 6(1), avholde oss fra å gå inn for en økt vektlegging av (u)rimelighet som fortolkingsmoment i rettsvister. Uavhengighet for domstolene betyr i EMK-sammenheng primært uavhengighet i forhold til den utøvende statsmakt (*Lorenzen* 2003 s 285 siste avsnitt). Denne uavhengigheten kan vanskelig hevdes å bli undergravd ved at Høyesterett gir forvaltningen en moralsk begrunnet kilevink i ny og ne – snarere vil jeg hevde at situasjonen er ganske omvendt. En annen skål er at neppe noen høyesterett over tid kan beholde sin anseelse i et samfunn uten å respektere utbredte flertallsholdninger blant borgerne i moralske stridsspørsmål.

En konkret rimelighetsavgjørelse fra Høyesterett som utløser heftig strid, vil nok hypotetisk kunne hevdes å krenke mange politikeres oppfatning av hva Høyesterett legitimt kan beslutte. Men man må nok fantasere ganske grundig for å lage et domseksempel som kan tenkes å ryste legitimiteten til Høyesterett i grunnvollene. Et annet utfall i Børre Knudsen-dommen, Rt 1983 s 1004, ville nok ha skapt ramaskrik. Men en slik konstitusjonell krise som en tilsvarende omveltning av den amerikanske høyesteretts abortdom *Roe v. Wade* (410 U.S. 113 (1973)) ventelig ville utløse, er det vanskelig å tenke seg hos oss.

I forlengelsen av denne tanken om en dikotomi mellom forvaltning og rettspleie nevner jeg striden om såkalt «singulær lovgivning», som er kjent fra statsvitenskapelig og statsforfatningsrettslig teori om maktdeelingen mellom de øverste statsmakter. Nasjonalforsamlingen skal i henhold til utbredte synspunkter angivelig mangle kompetanse til å vedta lover som bare får anvendelse i forhold til én enkeltperson (fysisk eller juridisk). Et kjent eksempel, hvor Danmarks Højesteret holdt dette forbudet i hevd som et sentralt maktfordelingsprinsipp, er *Tvind-dommen*, UfR 1999 s 841. Jeg kan vanskelig se at et forbud mot singulær lovgivning skal kunne nyttes som forfatningsrettslig argument for å avskjære domstolenes bruk av konkret rimelighet som avgjørende begrunnelse av en bestemt løsning av et rettsspørsmål. Domstolene har jo som kjerneoppgave å treffe avgjørelser av konkrete tvistesporsmål, dvs «å lovgi for den enkelte sak», som denne oppgaven er beskrevet i eldre litteratur. Nasjonalforsamlingen qua lovgiver har ubestridt normalt til oppgave å gi generelle lover – sjøl om vi i Norge ikke som i Danmark har synbare talspersoner for å underkjenne singulær lovgivning.

(2.6) *Frihet for domstolene til å foreta skjønnsmessige
avveininger av kryssende hensyn er bedre enn plikt til
økt vektlegging av urimelighet*

I avsnitt 3.2.1(4.3) foran brukte jeg Eckhoffs klare forsvar for vektlegging av konkret rimelighet ved avgjørelsen av enkeltsaker, som han presenterte i alle utgaver av sin «Rettskildelære», som støtteargument for min egen begrunnelse av et tilsvarende syn. I dette avsnittet skal jeg løfte fram et annet arbeid av Eckhoff, hvor han forsvarte et tilsynelatende klart motsatt syn.

Det er i artikkelen «Rett og rettferdighet» fra 1989 at hans tvisyn i forhold til det å skyve moralsk argumentasjon i forgrunnen kom tydelig til overflaten. Her rettet Eckhoff en klar advarsel mot å «skyve rettferdigheten så sterkt i forgrunnen som det er tendenser til i dag»:

«... Man bør nok ta sin rettferdighetsfølelse med seg når man opptrer som jurist – slik at man holder seg unna *de klare urettferdigheter*. Men svært ofte står man i jusen overfor kontroverser hvor i og for seg berettigede hensyn står mot hverandre, slik at begge parter kan påberope seg hver sine rettferdighetsprinsipper. ...» (Eckhoff 1989b s 10 tredje avsnitt. Min kursivering.)

Som eksempel på en rettsavgjørelse med konkurrerende rettferdighetsprinsipper gikk deretter Eckhoff gjennom To mistenkelige personer-dommen, Rt 1952 s 1217, og sammenfattet sitt syn på slike interessekonflikter slik:

«... [J]eg syns at det ... virker mer betryggende at dommerne foretar en skjønnsmessig avveining av de forskjellige hensyn som gjør seg gjeldende ... enn om de skulle bygge avgjørelsen på et eller annet av de rettferdighetsprinsipper som kan tenkes anvendt.» (Eckhoff 1989b s 12 siste avsnitt.)

Eckhoffs argumentasjon var mer direkte i denne tidsskriftartikkelen enn i boka «Rettsystemer» som han i 1976 utga sammen med Nils Kristian Sundby⁴⁴⁹, og budskapet hans er ikke til å misforstå. Jeg syns imidlertid ikke at Eckhoffs argumentasjon, eller påberopelsen av To mistenkelige personer-dommen, er overbevisende. Eckhoff gjorde ikke annet enn å påpeke at ordet «urimelig» har en typisk honnrordfunksjon (som retorisk element) i rettspråket, mao at ordet vanligvis vil bli brukt på denne måten for å styrke ens egen posisjon (eller den gruppa eller klienten man arbeider for) i en rettstvist. Botemidlet mot misbruk av slike retoriske grep bør imidlertid ikke være å fordrive betegnelsen «(u)rimelig» fra det juridiske språket, men heller å insistere på at rettsaktørene klargjør hvilket materielt (innholdsmessig) rimelighetsprinsipp som påberopes. På samme måten bør man naturligvis også insistere på at den rettsanvenderen som påberoper seg en «helhetsvurdering», altså en avveining mellom relevante hensyn, som avgjørelsesgrunnlag, konkretiserer disse hensynene, samt den evalueringsnormen som eventuelt benyttes ved avveiningen.

Slik jeg har formulert min grunnantakelse som en svakt kognitivistisk tese om at en urimelig (urettferdig) avgjørelse av et rettsspørsmål ikke kan regnes som gjeldende rett, styrer jeg unna Eckhoffs kritikk, og tvinger samtidig den moralske dimensjonen ved rettsavgjørelser fram i lyset.

⁴⁴⁹ Se gjennomgåelsen av denne boka i avsnitt 3.1.1(2) foran.

(3) *Retts sosiologisk innvending – rettsordningens funksjon er å skape en illusjon i befolkningen om at rettsreglene er rimelige (rettferdige)*

Mot min grunnantakelse om at en urimelig (urettferdig) avgjørelse av et rettsspørsmål ikke kan regnes som gjeldende rett, kan man innvende at rettsordningens funksjon er å skape en illusjon i befolkningen om at rettsreglene er rimelige (rettferdige). Dette er en retts sosiologisk innvending. Jeg skal først (i) gi min vurdering av holdbarheten til en slik påstand om rettsordningens funksjon, før jeg deretter (ii) tar stilling til konsekvensene, forutsatt at innvendingen kan godtgjøres.

(i) I funksjonalistisk sosiologi sondres dels mellom institusjoners (som f.eks. rettsordningens) funksjoner (funksjonelle, dvs opprettholdende, virkninger) og dysfunksjoner (oppløsende eller kontraeffektive virkninger), dels mellom manifeste og latente funksjoner, se nærmere *Dalberg-Larsen* 2005 s 51 flg, særlig s 62 flg). Sjøøl mener jeg at det i en retts sosiologisk sammenheng kan være fornuftig å sonde mellom (a) åpent tilsiktete virkninger, (b) fordekt tilsiktete virkninger og (c) utilsiktete virkninger. Begrepsbruken har jeg i utgangspunktet overtatt fra *Mathiesen* 1984 og 2005. Mathiesens syn er at klassisk funksjonalistisk sosiologi ikke er spesielt egnet til å fange opp de utilsiktete virkningene – herunder «tilslørende» og «avledende» virkninger, ut fra den betraktning at den funksjonalistiske sosiologien ikke catchet at visse utilsiktete virkninger «bidrar til at [rettsreglene] består» (2005 s 86 andre avsnitt).

Så langt følger jeg Mathiesen. Etter min mening er det likevel noe paradoksalt at Mathiesen nytter samlebetegnelsen «ikke tilsiktete virkninger». For de utilsiktete virkningene som bidrar til at rettsreglene består, må i ikke ubetydelig grad antas å være *tilsiktete* av iallfall noen av deltakerne i lovgivningsprosessen. Når *Mathiesen* 2005 (s 37–102) behandler rettens innvirkning på andre samfunnsforhold, og på s 84 flg, under overskriften «Retts ikke tilsiktete virkninger», omtaler renovasjonsfunksjonen, avledningsfunksjonen og handlingsfunksjonen som eksempler på fengselsinstitusjonens latente funksjoner (s 88), mener jeg at han sjøl gir de beste eksempler på at det er mindre treffende å kalle slike virkninger generelt for «ikke tilsiktete». Den mest interessante kontrasten mellom åpent tilsiktete og andre virkninger av enkeltrettsregler, lovfelt eller hele rettsordningen er nemlig ikke at slike virkninger ikke er tilsiktet, men at visse, ikke åpent tilsiktete virkninger er *fordekt* tilsiktet. Utilsiktete virkninger fins åpenbart også – men de er neppe så spennende å utforske som de fordekt tilsiktete virkningene. Derfor passer det bedre å betegne de latente funksjonene som Mathiesen framholdt innenfor strafferetten som «fordekt» tilsiktete.⁴⁵⁰

⁴⁵⁰ Synspunktet holder også trass i at den nåværende justisministeren, Knut Storberget, i forhold til «handlingsfunksjonen» later til å opptre som om han har misforstått Mathiesen dit hen at det er *handlingsformålet* som er det sentrale innenfor straffe- og politirettsfeltet.

Denne terminologiske uenigheten må ikke overskygge det forhold at Mathiesen med utgangspunkt i empirisk rettssosiologisk forskning om fengslene, hushjelploven mv og om rettshjelp presenterte et sterkt belegg for følgende konklusjon:

«Vi ser med andre ord at ... retten mer generelt og samlende har en mer eller mindre sterkt legitimerende funksjon. Med det menes at retten skaper troverdighet i større eller mindre befolkningsgrupper for de ordninger i samfunnet som er etablert. ...» (*Mathiesen* 2005 s 99 andre avsnitt. Mathiesens kursivering fjernet.)

Så langt Thomas Mathisens argumentasjon, som har vært skolelærdom for norske jusstudenter i den siste mannsalderen. Av interesse i en skandinavisk kontekst er det videre at den danske høyesterettsdommeren *Per Walsøe* i sitt bidrag «Retfærdighed i justitsen» i heftet «Justitsvæsenets fremtidige organisering» (1996) uten omsvøp hevdet at «[d]et er retssystemets funktion at tilsløre uretfærdigheder» (s 70 flg). Walsøe påberopte seg, med utgangspunkt i sin egen erfaring som advokat, pedagog og dommer, den nordamerikanske sosiologen Thurman W. Arnolds «The Symbols of Government», opprinnelig publisert i 1935. Det var et kort utdrag herfra, gjengitt i «Lag, samhälle, individ», redigert av Vilhelm Aubert (1972 s 38–43), som Walsøe hadde snublet over mens han underviste på Århus Universitet i 1970-åra. Her hevdet Arnold bl.a. følgende:

«... The fundamental principles of law do not represent what we do, but what we ought to do. The science of the law is not the method which judges actually use, but the method which they ought to use. It is a characteristic of all paradises that they should be different from what we ac-[s 34]tually experience in everyday affairs. Otherwise there would be no object in creating them. Therefore no one should be surprised because there is so little similarity between the ideals of the law and what the courts actually do. It is part of the function of "Law" to give recognition to ideals representing the exact opposite of established conduct. Most of its complications arise from the necessity of pretending to do one thing, while actually doing another. ...» (*Arnold* 1962 s 33 flg.⁴⁵¹)

Som det framgår, hører påpekingen av diskrepansen mellom ideelle mål (rettferdighet) og praktiske realiteter (tildekking av urettferdighet), med til sosiologilitteraturens barndom.

Fordekt tilsiktete virkninger er nær sagt per definisjon vanskelig tilgjengelig for forskning: betegnelsen *fordekt* er jo myntet nettopp på den situasjon at en tilsiktet virkning holdes skjult for allmennheten. Et innenlandsk rettsområde som peker seg ut her, måtte være skatteretten. Neppe på noe annet rettsområde er diskrepansen mellom ord og realiteter hva angår rettferdighet større, gjennom politikernes rituelle hyllest av skatteevneprinsippet som det ledende rettferdighetsprinsippet sammenholdt med den prak-

⁴⁵¹ For gjengivelse i svensk språk drakt, se den omtalte *Aubert (red)* 1972 (s 38 siste avsnitt).

tiske skattepolitikkenes mange urimeligheter, noe jeg sjøl har hevdet flere ganger, se f.eks. *Berg* 1992; 1994 og 1995.

Jeg ser ikke bort fra at det foreligger en god del empirisk rettssosiologisk forskning, i tillegg til den som er omtalt hos *Mathiesen* 2005, som kaster direkte lys over problemstillingen i dette avsnittet. Men ut fra det standpunkt jeg tar i pkt (ii) nedenfor er det uansett ikke nødvendig å gå nærmere inn på denne.

Det er nærliggende å tenke seg at man innenfor den sektoren av statlig myndighetsutøvelse som har med *rikets sikkerhet* å gjøre oftere enn ellers vil finne eksempler på slike fordekt tilsiktete virkninger.

Et trolig illustrerende eksempel på en slik fordekt tilsiktet virkning har tilknytning til den første offentlig kjente instruks for Politiets overvåkingstjeneste (POT), gitt ved Kgl res 25.11.1977. Her het det i § 4(3) at «[m]edlemskap i lovlig politisk organisasjon eller lovlig politisk virksomhet kan *ikke i seg selv* danne grunnlag for innhenting og registrering av opplysninger» (min kursivering). Dok 15 (1995–96), Lund-rapporten, dokumenterte at denne instruks fikk liten betydning for omfanget av rettsstridig politisk overvåking og registrering av norske borgere, særlig i forhold til forhåndsregistrering med sikte på klareringssaker. Dette trass i at instruks etter anerkjente tolkningsprinsipper og regjeringens tilkjennegeving i St meld nr 18 (1980–81) etter Lund-kommisjonens oppfatning ikke var til å misforstå på dette punkt.

Under den åpne høringen på Stortinget med kommisjonslederen, høyesterettsdommer Ketil Lund, 25. februar 1997, tok Lund sjøl opp spørsmålet om Stortingets behandling av denne instruks (framlagt i den nevnte stortingsmeldingen) hadde medført at den angitte passus hadde fått et annet innhold enn det regjeringen sjøl hadde meddelt, dvs «om komiteen på en fordekt måte hadde ment å fravike regjeringens oppfatning».⁴⁵² På bakgrunn av Lund-kommisjonens egne intervjuer med bl.a. den daværende justiskomite's leder og saksordfører hadde kommisjonen for sin del ment at det var «meget vanskelig å legge til grunn at det var meningen å fravike den oppfatning som kom til uttrykk»⁴⁵³ i St meld nr 18 (1980–81).⁴⁵⁴

(ii) Når det gjelder konsekvensene av en eventuell konklusjon om at rettsordningens *funksjon* er å skape en illusjon i befolkningen om at rettsreglene er rimelige (rettferdige), er det etter mitt syn ikke grunnlag for å hevde at en slik konklusjon – som jeg holder for å være svært plausibel – rokker grunnlaget for min grunnantakelse. Man må ganske enkelt kunne ha to tanker i hodet samtidig. Nettopp denne diskrepansen mellom ideal og funksjon gjør

⁴⁵² Innst S nr 240 (1996–97) s *342 første sp siste avsnitt.

⁴⁵³ Samme sted s *342 andre sp andre avsnitt.

⁴⁵⁴ Det standpunkt at formuleringen av § 4(3) i POT-instruks av 1977 kan betraktes som et eksempel på lovgivningens fordekt tilsiktete virkninger, trass i kommisjonsleder Lunds utsagn under denne åpne høringen på Stortinget, har fått styrket troverdighet gjennom de mange avsløringer om lovstridig overvåking mv i Danmark som framkom i 1998. Særlig interessant er de nye opplysningene i tilknytning til erklæringen som 30. september 1968 ble gitt av den nytiltrådte regjeringen Baunsgaard i Danmark. I denne sto det om Politiets etterretningstjeneste (PET) bl.a. «at registrering af danske statsborgere ikke længere må finde sted alene på grundlag af lovlig politisk virksomhed». 30 år etterpå kunne avisa *Information* (6.12.1998) under overskriften «Regeringserklæringen var en kødluns til folket» avsløre det dansk venstreside i alle år har fornemmet, nemlig at erklæringen «skulle sikre, at PET fortsat kunne registrere så mange som muligt». Dette ifølge forklaringen som en av de sentrale forfattere av erklæringen, Frank Poulsen, ga til avisa.

jo at mange har funnet det bryet verdt å være rettsvitenskapelig forsker, istedenfor å finne på noe annet.

3.2.5 Samlende synspunkter

Jeg har formulert, begrunnet og forsvart en grunnantakelse om at en urime-
lig (urettferdig) avgjørelse av et rettsspørsmål ikke kan regnes som gjel-
dende rett. Jeg vil, når det gjelder min første problemstilling i avsnitt
3.1.3(1) foran (om separasjonstesens plausibilitet som gjeldende rett),
konkludere med at argumentasjonen i avsnitt 3.2.1(7) ovenfor viste at sepa-
rasjonstesens mangler rettslig forankring som et i alminnelighet gjeldende
argumentasjonsteoriprinsipp i norsk rett, og snaut nok kan hevdes å gjelde
som bakgrunnsrett. Dermed er det sentrale rettslige argumentet mot eksis-
tensen av rettslige koplinger mellom rett og moral tilbakevist. Men at sepa-
rasjonstesens ikke holder rettslig, er ikke en tilstrekkelig begrunnelse av
grunnantakelsen, og betyr heller ikke at det er holdbart å åpne for sammen-
hengstesens over hele linjen.

Når det gjelder min andre problemstilling i avsnitt 3.1.3(1) ovenfor (om
mulighetene for rasjonell moralfilosofisk begrunnelse av min grunnantake-
lse), er min konklusjon at grunnantakelsen kan forankres i tre alternative
moralfilosofiske begrunnelser (foruten de moralske føringene fra gjeldende
rett, nevnt rett ovenfor), nemlig:

- (i) En Kant-influert, men primært Eckhoff-inspirert, oppstilling av et ideal
om å treffe rimelige rettsavgjørelser (avsnitt 3.2.1(4) ovenfor).
Idealet er ikke bare godt forenlig med Kants universaliseringsmaksime;
det er også den mest velvillige, og dermed beste, lesemåten av denne
maksimen. Sammenholdt med Kants «formål i seg sjøl»-maksime
framstår min nylesning som en plausibel moralfilosofisk begrunnelse
av grunnantakelsen, en begrunnelse som bestyrkes ved å sammenholdes
med Humes induksjonslov,
- (ii) En begrunnelse forankret i Rawls' normative politiske teori om rettfer-
dighet som rimelighet (avsnitt 3.2.1(5) ovenfor), eller
- (iii) Den allmennmoraliske begrunnelsen (avsnitt 3.2.1(6) ovenfor), som tar
«ius est ars boni et aequi»-idealet, og dermed rimelighetsnormen, for
gitt, på samme måte som man tar dagligspråket for gitt.

Tvilen som *etter gjeldende rett* kan melde seg om hvor «åpenbar» urime-
lighet som eventuelt trengs for at denne må tillegges rettslig betydning, og
som jeg har gått inngående inn på i avsnitt 3.2.2 ovenfor, er etter mitt syn
ikke av betydning som ledd i begrunnelsen av min grunnantakelse. For *min*
grunnantakelse er ikke uforenlig med at man opererer med differensierte
urimelighetsnormer, tilpasset behovene på de forskjellige rettsområder.
Dersom min grunnantakelse ble lagt til grunn, måtte nok domstolene like-
vel oppgi Mortvedt-formelen for rimelighetskontrollen av forvaltningsav-

gjørelser, og ta i bruk en lempeligere og mer nyansert rimelighetsnorm, jf argumentasjonen i avsnitt 3.2.1(7.1.3) og 3.2.2(4.2) foran. For øvrig kan man spørre om Mortvedt-formelen ligger så fast også etter gjeldende rett som enkelte rettsvitenskapere vil ha det til.

Norske jurister flest har i de siste tiåra uten å blunke regnet rimelighetsbetraktninger med blant de relevante og – etter omstendighetene – avgjørende «reelle hensyn» under rettsanvendelsen. Gjennom oppstillingen av en moralfilosofisk grunnantakelse om at en urimelig (urettferdig) avgjørelse av et rettsspørsmål ikke kan regnes som gjeldende rett, har jeg egentlig ikke gjort mer enn å tydeliggjøre at den rådende fornektningen av sammenheng mellom rett og moral ikke kan ha annet enn nærmest et mytisk grunnlag – myten om de uoverskuelige konsekvensene av å akseptere at «ius est ars boni et aequi».

I og med at det hersker brei enighet om at domstolene i Norge bidrar til rettsutviklingen, er grunnene til å ekskludere rettsanvenderens egne, moralske vurderinger fra å inngå i denne rettsskapingen ikke overbevisende. Det er imidlertid en uløst rettsteoretisk utfordring å skape aksept for at en rettsavgjørelse som er basert på en rasjonelt begrunnet oppfatning av avgjørelsens rimelighet som rettsanvenderen personlig går god for, ikke nødvendigvis vil være mindre upartisk og uavhengig forankret, eller på annen måte mindre tillitvekkende, og dermed mindre holdbar, enn en rettsavgjørelse hvor rettsanvenderen forsøker å legge allmenne rimelighetsbetraktninger til grunn.

I konfrontasjonsavsnittene ovenfor (avsnitt 3.2.4(2.2) og (2.4)) framkom det at grunnantakelsen *ikke* anføres å gjelde absolutt, altså uten unntak. Hensynet til henholdsvis forutberegnelighet og lojalitet mot lovgiver vil etter en konkret vurdering kunne forsvares som mer tungtveiende enn rimeligheten av den konkrete løsningen.

En aksept av min grunnantakelse om formell sammenheng mellom rett og moral ville altså ikke nødvendigvis bety at man må anse Nagell-Erichsen-dommen, Rt 1982 s 745, eller en eldre «klassiker» fra den juridiske argumentasjonsteorien: telefonsjikanekjennelsen, Rt 1952 s 989, for uholdbare. For det var i begge sakene ikke tvil om at dommerne mente av gjeldende lovgivning hadde ført til urimelige resultater. At Høyesterett likevel valgte å spille ballen over til sentralforvaltningen (lovgiver) som rette vedkommende for å løse de klare urimeligheter, var forankret i veloverveide og forsvarlige standpunkter om funksjonsfordelingen mellom Høyesterett og Stortinget.

Sjøl når urimelighetsmomentet synes tungtveiende i den enkelte sak, vil nok ofte andre argumenttyper være utslagsgivende for rettsanvenderen. Det er min klare oppfatning at denne situasjonen har sammenheng med at vi i norsk rettsliv ikke har en anerkjent, moralfilosofisk forankret plikt for rettsanvenderen til som utgangspunkt å legge *avgjørende* vekt på en rettsavgjørelses eventuelle urimelighet. Min grunnantakelse løser dette problemet, ved at den moralfilosofisk forankrede plikten til å vektlegge resultatets urimelighet transformeres til en vektnorm (et uskrevet argumentasjonsteori-prinsipp) om å legge avgjørende vekt på en slik virkning.

Idealet om å tilstrebe rimelige (rettferdige) løsninger i alle saker grunnstøter heller ikke på den rettssosiologiske betraktning om at rettsordningens funksjon er å skape en illusjon om rettsordningens rettferdighet. Den rettssosiologiske betraktningen er trolig holdbar, men idealet blir ikke mindre-verdig av den grunn.

3.3 Grunnantakelse om materiell sammenheng mellom rett og moral

3.3.1 Formulering og begrunnelse

Min grunnantakelse om materiell sammenheng mellom rett og moral vil jeg formulere slik:

- En rettsavgjørelse som (i) ikke er forenlig med de internasjonale menneskerettighetene eller (ii) ikke fremmer gjennomføringen av dem, kan ikke regnes som gjeldende rett

Min begrunnelse av denne grunnantakelsen har følgende disposisjon: I avsnitt (1) nedenfor forklarer jeg meningen med betegnelsen «materiell sammenheng mellom rett og moral»; i avsnitt (2) forklarer jeg meningen med «kan ikke regnes som gjeldende rett»; i avsnitt (3) forklarer jeg meningen med «rettsavgjørelse som (i) ikke er forenlig med de internasjonale menneskerettighetene eller (ii) ikke fremmer gjennomføringen av dem»; i avsnitt (4) begrunner jeg grunnantakelsen moralfilosofisk, forankret i en universalistisk posisjon om hvert enkelt menneskes iboende verdighet og menneskeverdens ukrenkelighet; i avsnitt (5) begrunner jeg grunnantakelsen moralfilosofisk med forankring i Amartya Sens teori om rettigheter som mulighetsbetingelser for handling; i avsnitt (6) begrunner jeg grunnantakelsen moralfilosofisk med forankring i allmennmoralen; i avsnitt (7) begrunner jeg grunnantakelsen rettslig med forankring i konklusjonen i avsnitt 3.2.5 ovenfor om at separasjonstesen ikke er gjeldende rett i Norge; i avsnitt (8) begrunner jeg grunnantakelsen rettslig med forankring i den foreliggende innarbeiding av menneskerettigheter i den norske rettsordningen; i avsnitt (9) gir jeg to praktiske eksempler på betydningen av grunnantakelsen; og i avsnitt (10) gir jeg en samlende moralfilosofisk begrunnelse av den.

(1) *Begrunnelse av betegnelsen «materiell sammenheng mellom rett og moral»*

I utgangspunktet viser jeg til drøftelsen i avsnitt 3.2.1(1) ovenfor, i tilknytning til formuleringen «formell sammenheng mellom rett og moral» i min

første moralfilosofiske grunnantakelse. At min andre moralfilosofiske grunnantakelse gjelder «materiell» (innholdsmessig) sammenheng, plasserer den mao i den motsatte ende langs sammenhengsaksen formell–materiell. Ved å oppstille en grunnantakelse om materiell sammenheng mellom rett og moral tar jeg et realitetsstandpunkt til moralspørsmål – det er altså de internasjonale menneskerettighetenes moralske verdi jeg flagger støtte til. Motsetningsvis var jeg i den første grunnantakelsen nokså «kameleonaktig» i tilnærmingen til standpunkter i aktuelle rimelighetstvister – noe som var sjølve poenget: mer åpen aksept av rimelighetsspørsmålets betydning ved all rettsanvendelse var siktemålet i avsnitt 3.2. Her i avsnitt 3.3 går jeg et lite, men ikke ubetydelig, skritt videre – jeg tar til orde for å binde den norske rettsordningen moralsk, ikke bare rettslig, til de internasjonale menneskerettighetene.

(2) *Begrunnelse av betegnelsen «kan ikke regnes som gjeldende rett»*

Når det gjelder betydningen av betegnelsen «kan ikke regnes som gjeldende rett», kan jeg nøye meg med å vise til drøftelsen i avsnitt 3.2.1(3) foran i sin helhet. Samme resonnement anføres å gjelde i forhold til grunnantakelsen her – jeg oppstiller mao en argumenttypenorm (rettskildenorm) om plikt til å legge avgjørende vekt på om vedkommende rettsavgjørelse er forenlig med og fremmer de internasjonale menneskerettighetene, basert på de moralfilosofiske standpunktene jeg begrunner i avsnittene (4)–(8) nedenfor.

(3) *Begrunnelse av betegnelsen «rettsavgjørelse som (i) ikke er forenlig med de internasjonale menneskerettighetene eller (ii) ikke fremmer gjennomføringen av dem»*

Ordvalget i denne formuleringens bokstav (i) innebærer at en rettsavgjørelse må være overensstemmende med en holdbar tolking av de internasjonale menneskerettighetene for å kunne regnes som gjeldende rett. Men jeg har ikke bare tatt sikte på å gjengi rettsregelen i Menneskerettsloven 21.5.1999 nr 30 § 3, forrangsbestemmelsen, med andre, innholdsmessig ekvivalente ord – jf avsnitt (2) rett ovenfor. Allerede en leksikalsk tolkning av henholdsvis «ikke er forenlig med» (i grunnantakelsen) og «ved motstrid» (i § 3) gir et klart hint om at grunnantakelsens formulering stiller større krav til overensstemmelse enn det § 3 gjør – og det har vært en tilsiktet forskjell. En moralsk plikt til å praktisere internretten i overensstemmelse med de internasjonale menneskerettighetene ville ikke ha noe for seg, hvis pliktregelen ikke formuleres så strengt at den kan fungere retningsgivende for praktisk rettsanvendelse, altså at rettsanvendere får en oppfordring til å sikre en så effektiv nasjonal gjennomføring av disse rettighetene som mulig. Derfor

har jeg i formuleringens bokstav (ii) tydeliggjort at forenlighet ikke er nok – i tillegg oppstilles en fordring om at den enkelte rettsavgjørelse må fremme de internasjonale menneskerettighetenes gjennomføring i internretten.

Først og fremst er intensjonen med formuleringen «ikke fremmer gjennomføringen» å fange opp «soft law»-uttalelser fra de klage-, inspeksjons- eller ekspertorganene som er etablert med hjemmel i en rekke internasjonale menneskerettsinstrumenter. Realitetene her er jo at den domstolsordning som er etablert under EMK er *unntaket* fra situasjonen ellers – verken under ILO-konvensjonen, Den europeiske sosialpakt, FNs rasediskrimineringskonvensjon, SP, ØSK, Kvinnediskrimineringskonvensjonen, Barnekonvensjonen, FNs torturkonvensjon eller Den europeiske torturkonvensjonen er de respektive klage-, inspeksjons- eller ekspertorganene utstyrt med kompetanse til å treffe folkerettslig bindende enkeltvedtak eller generelle tolkingsuttalelser.

Grunnantakelsens fordring om at den internrettslige avgjørelsen aktivt må fremme gjennomføringen av de internasjonale menneskerettighetene må forstås på bakgrunn at det tolkingsmetodologiske vannskillet som vanligvis trekkes opp mellom på den ene siden internasjonale menneskerettslige instrumenter, og på den andre siden alminnelige folkerettslige traktater, tosidige eller multilaterale. Prinsippet om å tolke traktattekster i favør av den stat som har bundet seg, kunne nok passe på vanlige traktater, men passer ikke på traktater som har til oppgave å beskytte interessene til enkeltindivider (*Opsahl* 1991 s 12 andre avsnitt).

Kravet om at en rettsavgjørelse må fremme gjennomføringen av de internasjonale menneskerettighetene innebærer at også rettsanvendere i Norge må anvende en slik dynamisk tolkning av disse rettighetene som er så typisk f.eks. i Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD). I tråd med den anerkjente menneskerettslige maksimen om at nasjonal innarbeiding er de internasjonale menneskerettighetenes *alfa og omega*, er det mitt syn at dynamisk anvendelse av de internasjonale menneskerettighetene er like mye et ansvar for nasjonale rettsanvendere som for EMD og tilsvarende internasjonale klageinstanser. For å være et «living instrument» må mao EMK utvikles også gjennom dynamiske (utvidende) tolkinger på den nasjonale arena; det holder ikke at nasjonale rettsanvendere dilter etter EMD og andre menneskerettslige instanser som uttaler seg om nasjonal etterlevelse generelt eller i enkeltsaker.

I praksis vil det kunne oppstå tolkingsproblemer i tilknytning til hvilke rettslige instrumenter som skal anses for omfattet av formuleringen «de internasjonale menneskerettighetene». En tilsvarende tvil ble i sin tid brukt som motargument mot å ta inn en slik formulering som den eneste bestemmelsen i Mrl § 2, naturligvis med den baktanke å begrense mengden av inkorporerte instrumenter drastisk.

Ubestridelig må det være at FNs Verdenserklæring om menneskerettigheter 1948 (VE), Folkemordkonvensjonen av 1948, EMK av 1950, Den eu-

ropeiske sosialpakt (European Social Charter) av 1961, FNs rasediskrimineringskonvensjon (RDK) av 1966, FN-konvensjonene om sivile og politiske rettigheter (SP) og om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) av 1966, FNs kvinnediskrimineringskonvensjon av 1979, FNs torturkonvensjon 1984, Den europeiske torturkonvensjonen av 1987, FNs barnekonvensjon av 1989 (BK) og ICC-statuttene av 1998 hører med blant instrumentene som vanligvis betegnes som «de internasjonale menneskerettighetene». Også de mest sentrale ILO-konvensjonene, bl.a. om streikerett og om urbefolkningsrettigheter, er det utbredt å regne som internasjonale menneskerettigheter, sjøl om meningene her er delte, også innad i ILO. Rettsutviklingen er for øvrig dynamisk her som på svært mange andre rettsområder, og ut fra formålet med formuleringen av grunnantakelsen er det uansett ikke ønskelig å gi en definisjonsliknende oppregning som pretenderes å være fullstendig.

De aller fleste av de nettopp nevnte menneskerettsinstrumentenes enkeltbestemmelser formaliserer rettigheter på et grunnleggende moralsk grunnlag – og fungerer gjennom håndhevingsorganenes praksis som speil av den rådende moralutviklingen, hva enten det er gjennom grenser for ytrings- og samvittighetsfrihet, beskyttelse av respekt for privat- og familieliv, beskyttelse av retten til rettferdig rettergang med beskyttelse av uskyldsprinsippet i straffesaker, beskyttelse mot tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller andre konvensjonsbeskyttete rettigheter.

Grunnantakelsen impliserer at det må oppstilles et krav om etterprøvbare begrunnelse av det standpunktet som en rettsanvender inntar til «forenlig med» eller «fremmer», jf det tilsvarende kravet i forhold til den første grunnantakelsen i avsnitt 3.2.1(2.1) foran.

Når jeg ikke går nærmere inn på rettsspørsmålet om hva som skal henføres til «de internasjonale menneskerettighetene» eller om harmonisering av eventuell motstrid mellom disse, jf som typisk eksempel, kjent fra norsk rett, Kjuus-kjennelsen, Rt 1997 s 1821, omtalt i avsnitt (8.1.1) nedenfor, har det sammenheng med at dette er typiske (menneske)rettslige problemstillinger, som ikke, iallfall ikke i første omgang, har betydning for drøftelsen av min grunnantakelse om moralsk plikt til å treffe rettsavgjørelser slik at de er forenlig med og fremmer gjennomføringen av de internasjonale menneskerettighetene.

(4) *Moralfilosofisk begrunnelse av grunnantakelsen med forankring i en universalistisk moralposisjon om hvert enkelt menneskes iboende verdighet og menneskeverdets ukrenkelighet*

Min *prinsipale* moralfilosofiske begrunnelse av grunnantakelsen har forankring i en universalistisk moralposisjon om hvert enkelt menneskes iboende verdighet og menneskeverdets ukrenkelighet. Denne moralposisjonen ble i bokstavelig forstand kjempet gjennom på verdensbasis i kampen mot tysk nazisme, italiensk fascisme og japansk militarisme i andre verdenskrig.

Anerkjennelsen av menneskeverdets fundamentale betydning i all menneskerettstenkning er framhevet i fortalen til FN-pakten 26.6.1945 (andre avsnitt), og ble seinere inntatt i programmatisk form i FNs Verdenserklæring om menneskerettigheter (VE), som åpner med følgende ord:

«Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world ...»

Ved vedtakelsen av EMK i 1950 var det VE som var det sjølsagte utgangspunktet, se EMKs fortale andre avsnitt, hvor det om VE (i denne sammenhengen betegnet som «this Declaration») uttales at

«... this Declaration aims at securing the universal and effective recognition and observance of the Rights therein declared ...»

Ved vedtakelsen av FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP)]og FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) i 1966 gjenga man i fortalenes første avsnitt ord for ord de foran gjengitte åpningsordene i VEs fortale.

Det menneskeverd som FN-pakten og VE kort og fyndig fastslår som sitt fundament, uttrykker et universalistisk, i motsetning til et partikularistisk, syn på menneskeverdet (*Wetlesen* 1992). Etter disse folkerettsinstrumentene gjelder verken den aristoteliske ranginndelingen av mennesker etter byrd og status (byborger versus fremmed, fri versus slave, kvinne versus mann osv), eller det realkommunistiske «likhets-»prinsippet om at alle er like, men noen er likere enn andre, slik George Orwell sarkastisk sammenfattet det i sin «Animal Farm : A fairy Story» (1946).

Lindholm 2002 har hevdet at en sammensatt rettferdiggjøring («plural justification») av VEs universelle menneskerettigheter er den moralfilosofiske tilnærmingen som har mest for seg. Videre har *Lindholm* hevdet at John Rawls' begrep 'freestanding rights' (*Rawls* 1996 s 10) passer godt for å karakterisere hvordan VEs konsipister tenkte – trolig som moralfilosofiske pionerer – i denne sammenheng:

«... The idea of a public moral rationale of rights that is “freestanding”, in the sense that it bridges while being supported by a plurality of more comprehensive but also controversial underpinnings, is pioneered, to my knowledge, by the originators of the international human rights regime after World War II.» (*Lindholm* 2002 s 66 note 6.)

Den universalisme-posisjonen som *Lindholm* 2002 med dette utpenslet, oppfatter jeg som en grunnleggende pluralistisk posisjon, som synes vel forenlig med den alminnelige forståelse av «universalisme».

Mange av dem som har arbeidet med rettighetsbasert moralfilosofi etter etableringen av FN og de internasjonale menneskerettighetsinstrumentene er av den oppfatning at Immanuel Kant er den mest sentrale moralfilosofen å forholde seg til, dersom man ønsker å formulere en fornuftsbasert og antroposentrisk moralfilosofisk begrunnelse av de internasjonale menneskeret-

tighetene. Den kanadiske filosofen Charles Taylor har karakterisert kjernen i Kants moralfilosofiske posisjon i «Grundlegung zur Metaphysik der Sitten» (1785) slik: Mennesker qua rasjonelle aktører har en status som ikke tilkommer andre i universet: alt annet kan ha en pris, men bare slike aktører har menneskeverd (Taylor 1989 s 83 nestsiste avsnitt).⁴⁵⁵ Det må etter min mening være ubestridelig at det menneskerettighetsregimet som ble etablert i verden etter andre verdenskrig trekker tunge veksler på Kants moralfilosofi. Like fullt er ikke den nevnte universalistiske moralposisjonen om hvert enkelt menneskes iboende verdighet og menneskeverdets ukrenkelighet avledet av, eller for øvrig avhengig av en tilslutning til, Kants kategoriske imperativ ellers øvrige hovedelementer i hans moralfilosofi.

Den universalistiske moralposisjonen om hvert enkelt menneskes iboende verdighet og menneskeverdets ukrenkelighet har ikke bare teoretisk styrke som plattform for de internasjonale menneskerettighetene. Et avgjørende argument er den så godt som universelle tilslutningen som VE har fått, den tilnærmet like universelle tilslutningen til FNs to sentrale menneskerettighetskonvensjoner (SP og ØSK) og den så å si komplette tilslutning til EMK her i Europa.⁴⁵⁶ I filosofihistorien og vitenskapsteorien er det lang tradisjon for å anse «tilnærmet intersubjektiv enighet» som et sentralt element i en holdbarhetsvurdering. Tilsvarende gjelder etter min mening også i en moralfilosofisk diskurs. Enighet er ikke tilstrekkelig, men enighet indikerer at standpunktet er holdbart – i en diskursiv sammenheng er det den som er uenig som sitter igjen med argumentasjonsplikten.

Jeg vil forankre min tilslutning til de internasjonale menneskerettighetene i de foran gjengitte åpningsordene fra VE om hvert enkelt menneskes iboende verdighet og menneskeverdets ukrenkelighet. Den rasjonelle begrunnelsen for dette standpunktet er at en slik moralposisjon siden 1945 både teoretisk og i praksis har vist seg som et blomstrende minste felles multiplum for internasjonal menneskerettighetsutvikling.

Dersom man vil ta de internasjonale menneskerettighetene på alvor som praktisk virkende moralsystem, må man som rettsanvender på den nasjonale arena også praktisere rettsreglene på en menneskerettsforenlig måte, altså anvende den grunnantakelsen om materiell sammenheng mellom rett og moral som jeg har formulert.⁴⁵⁷

Med denne redegjørelsen har jeg oppfylt kravene jeg oppstilte i avsnitt 3.1.2(3) foran til begrunnbarheten av en svakt kognitivistisk moralfilosofiposisjon. Dermed har jeg også besvart den fjerde problemstillingen i avsnitt

⁴⁵⁵ Med Taylors egne ord: «Rational agents have a status that nothing else enjoys in the universe. They soar above the rest of creation. Everything else may have a price, but only they have 'dignity' (Würde).» Jeg har funnet fram til dette interessante utsagnet hos Wylter 1996 (s 141 tredje avsnitt), som nyttet det i sin presentasjon av Kants etikk.

⁴⁵⁶ Se nærmere avsnitt (8.2) nedenfor om at de sentrale internasjonale menneskerettighetene av ICJ antas å ha karakter av folkerettslig sedvanerett med *ius cogens*- og *erga omnes*-status.

⁴⁵⁷ Innvendinger mot dette standpunktet kommer jeg tilbake til i avsnitt 3.3.3 nedenfor.

3.1.3(1) foran om mulighetene for en rasjonell moralfilosofisk begrunnelse av min grunnantakelse.

I de aller fleste vestlige land som har fått nye grunnlover etter andre verdenskrig, f.eks. Tyskland, Sverige og Finland, troner en *eksplisitt* anerkjennelse av menneskeverdet øverst i de rettighetskatalogene som disse inneholder. I Norge kommer anerkjennelsen mer indirekte fram, gjennom formuleringen i Grl § 110 c av plikten for de øverste statsmakter til å respektere og sikre menneskerettighetene. Dermed har de internasjonale menneskerettighetenes sentrale moralgrunnlag fått den høyeste rettslige forankringen som nasjonalstatene kan gi moralregler.

(5) *Moralfilosofisk begrunnelse for grunnantakelsen med forankring i Amartya Sens teori om rettigheter som mulighetsbetingelser for handling*

En *alternativ* moralfilosofisk begrunnelse av min grunnantakelse til den jeg ga i det foregående avsnitt (4) har forankring i den indiske samfunnsøkonom (og vinner av Nobels minnepris i økonomi for 1998) Amartya Sens teori om rettigheter som mulighetsbetingelser for handling. Sen introduserte betegnelsen «capabilities» (mulighetsbetingelser) som ledd i sin moralfilosofiske kritikk av økonomisk ulikhet. Med begrepet ‘capabilities’ forsto Sen ‘de *praktiske* mulighetene som enkeltindividet har til å tilfredsstille sine behov’. Capabilities-begrepet kan utlegges både som et supplement til et begrep om positiv frihet i normativ politisk teori, og som et *alternativ til utilitaristisk moralfilosofis* ensidige vektlegging av den enkeltes *oppfatning eller følelse* av egen lykke (Hansson 1993 s 90–91). Med Sens egne ord:

«... Living may be seen as consisting of a set of interrelated ‘functionings’, consisting of beings and doings. A person’s achievement in this respect can be seen as the vector of his or her functionings. The relevant functionings can vary from such elementary things as being adequately nourished, being in good health, avoiding escapable morbidity and premature mortality, etc, to more complex achievements such as being happy, having self-respect, taking part in the life of community, and so on.* The claim is that functionings are *constitutive* of a person’s being, and an evaluation of well-being has to take the form of an assessment of these constituent elements.*

Closely related to the notion of functionings is that of *capability* to function. It represents the various combinations of functionings (beings and doings) that the person can achieve. Capability is, thus, a set of vectors of functionings, reflecting the person’s freedom to lead one type of life or another.* ...» (Sen 1992 s 39–40.)

I en rettsteoretisk kontekst framstår Sens teori om «capabilities» etter min mening som særlig perspektivåpnende dersom han leses slik at *rettigheter* gir menneskene «capabilities» til å forfølge sine *interesser*, fordi en slik forståelse løser den over 100 år gamle gordiske knute i rettsteorien om sammenhengen (særlig «høna og egget»-sammenhengen) mellom «rettigheter» og «interesser»: Ved at rettigheter regnes som utgangspunktet («capabilities») for utfoldelse av det gode liv, får man tydeliggjort de interes-

semotsetningsbaserte frontene som alltid må påregnes i alle samfunn på en mer fruktbar måte enn det konkurrerende normative politiske teorier (les: marxismen og Jherings (og Knophs!) interessejurisprudens) har klart. Cathrine Holst har skissert en slik lesning, dvs at rettigheter ifølge Sen må forstås som grunnbetingelser for fri eller likeverdig handling (Holst 7.10.2002). Til støtte for denne lesningen av Sen vil jeg framheve Sens eget utsagn om at

«... any moral theory would have to begin with some primitive diagnosis of value ... and the real question is whether the acknowledgment of rights cannot play that primitive role. ...» (Sen 1985 s 133 første avsnitt.)⁴⁵⁸

Sens variant av rettighetsbasert moralfilosofi har etter mitt syn stor appell. Hans teori om rettigheter som mulighetsbetingelser for handling har en likefram forklaringskraft som universalistisk verdigrunnlag for internasjonale menneskerettigheter i sin alminnelighet. Sens teori er derfor egnet som moralfilosofisk forankring for min grunnantakelse.

Sen var ved lanseringen av teorien om «capabilities» påpasselig med å distansere seg fra den liberalistiske amerikanske moralfilosofen Robert Nozick, som i sin proseduralt baserte rettighetsteori ikke ville akseptere noen *evaluering* av de konsekvenser av enkeltindividers utfoldelse av grunnleggende rettigheter. I opposisjon til den prinsippfaste anti-konsekvensialismen til Nozick 1974 stilte Sen 1985 bl.a. dette spørsmålet: Hvis en person ikke får solgt sin arbeidskraft og derfor sulter på et fritt arbeidsmarked, kan da fordelingen av eiendomsrett anses som moralsk akseptabel, trass i en slik forferdelig konsekvens? Nei, var Sens svar. Han forsvarte sitt syn med at en moralteori (underforstått: hans egen) godt kan hevdes å være *følsom* for sine konsekvenser, uten at teorien av denne grunn nødvendigvis må kategoriseres som en konsekvensialistisk moralteori i enhver henseende, altså mister karakteren å være en slik rettighetsbasert moralteori som hans capabilities-approach innebærer (Sen 1985 s 132–35).

Sens forsvar for menneskerettighetene kunne alternativt ha vært vurdert i et demokratiperspektiv, altså ut fra det velkjente synspunktet at demokrati er den styreformen som gir de beste rammene for utfoldelse av menneskerettighetene. Det ville imidlertid innebære å flytte perspektivet utenfor rammene for denne oppgaven, og adressere demokratiteori i lys av menneskerettighetene. Dette er for så vidt perspektivet når man i nyere norsk rettsvitenskap har reist spørsmålet om menneskerettslig forankret individbeskyttelse kan ses på som en trussel mot «demokratiet». Da er det imidlertid begrepet 'demokrati' som kommer på dagsorden, typisk som et spørsmål om demokrati vil si flertallsmakt, eller om demokratiforståelsen må

⁴⁵⁸ Tvetydigheten i Sens formulering her synes elegant avklart gjennom hans svenske oversetteres ordvalg: «... varje moralteori måste börja med något slags primitiv diagnos av värdebegreppet ... och den verkliga frågan är om inte ett erkännande av rättigheter kan spela denne primitiva roll. ...» (Sen 1993 s 118 andre avsnitt.)

kompletteres med en sikring av mindretallet mot flertallets misbruk av sitt flertall.

Med denne redegjørelsen har jeg oppfylt kravene jeg oppstilte i avsnitt 3.1.2(3) foran til begrunnbarheten av en svakt kognitivistisk moralfilosofiposisjon. Dermed har jeg også besvart den fjerde problemstillingen i avsnitt 3.1.3(1) foran om mulighetene for en rasjonell moralfilosofisk begrunnelse av min grunnantakelse.

Sens teori om «capabilities» er utbrodert i en rekke av hans publikasjoner etter 1985⁴⁵⁹, og hans tenkning synes å ha fått økende innflytelse også blant rettsfilosofer og rettsvitenskapere i de siste tiåra. Blant disse bør den amerikanske retts- og moralfilosofen og kvinnerettsforkjemperen Martha C. Nussbaum⁴⁶⁰ nevnes, fordi hun har samarbeidet med Sen, og har utviklet sin egen teori om 'capabilities', basert på tankegods både fra Aristoteles og Marx. Nussbaum formulerte en komplett liste over det hun kalte «central human functional capabilities» (Nussbaum 2001 s 78–80). Hennes tilnærming innebærer imidlertid at 'capabilities'- og 'rettighets'-begrepet flyter over i hverandre, noe som etter min mening utydeliggjør det fruktbare «startpunkt»-perspektivet på rettigheter som Sens egen teori innbyr til å formulere.

(6) *Moralfilosofisk begrunnelse av grunnantakelsen med forankring i allmennmoralen*

En ytterligere *alternativ* moralfilosofisk begrunnelse av min grunnantakelse kan foretas med forankring i allmennmoralen, jf avsnitt 3.2.1(6) foran, hvor jeg forankret min første moralfilosofiske grunnantakelse i dette grunnlaget. Tilsvarende kan VE og de mest sentrale traktatfestete internasjonale menneskerettighetene også betraktes som rettsliggjøring av en allmennmoralisk verdensorden. Grunnantakelsen om at en rettsavgjørelse som ikke er forenlig med de internasjonale menneskerettighetene eller ikke fremmer gjennomføringen av dem, ikke kan regnes som gjeldende rett, kan da forankres i allmennmoralen, dvs hevdes å være en *konsekvent* rettslig tilpasning til denne.

Med denne redegjørelsen har jeg oppfylt kravene jeg oppstilte i avsnitt 3.1.2(3) foran til begrunnbarheten av en svakt kognitivistisk moralfilosofiposisjon. Dermed har jeg også besvart den fjerde problemstillingen i avsnitt 3.1.3(1) foran om mulighetene for en rasjonell moralfilosofisk begrunnelse av min grunnantakelse.

(7) *Moralfilosofisk begrunnelse av grunnantakelsen med forankring i separasjonstesens uholdbarhet*

I drøftelsen her legger jeg til grunn konklusjonen fra drøftelsen i avsnitt 3.2.1(7.4) ovenfor om at separasjonstesens neppe har status som uskrevet

⁴⁵⁹ Se Sen 2000 (s 72–86, særlig henvisningene i fotnote 38).

⁴⁶⁰ Nussbaum er (per sommer 2007) professor i «Law and Ethics» ved the University of Chicago.

argumentasjonsteoriprinsipp (rettskildeprinsipp) eller som bakgrunnsrett i norsk rett. Den konklusjonen gir imidlertid *ikke* et tilstrekkelig moralfilosofisk grunnlag for å hevde en nærmere angitt grunnantakelse om sammenheng mellom rett og moral. Betydningen av separasjonstesens uholdbarhet er primært at et viktig rettslig hinder for å hevde en sammenheng mellom rett og moral er ryddet av veien. Fraværet av et slikt rettslig hinder gjør det enklere å hevde et moralfilosofisk forsvar for min grunnantakelse om at en rettsavgjørelse som ikke er forenlig med de internasjonale menneskerettighetene eller ikke fremmer gjennomføringen av dem, ikke kan regnes som gjeldende rett.

(8) *Moralfilosofisk begrunnelse av grunnantakelsen med forankring i innarbeidingen av internasjonale menneskerettigheter i den gjeldende norske rettsordningen*

(8.1) *Innarbeidete internasjonale menneskerettigheter i Norge – oversikt*

(8.1.1) *Grunnloven § 110 c og Menneskerettsloven*

Gjennom Grl § 110 c har de øverste statsmakters plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene siden 1994 vært en del av Norges statsforfatning, noe som ubestridelig har stor rettslig betydning. I de første åra etter vedtakelsen av denne grunnlovbestemmelsen ble spørsmålet om dens rettslige betydning diskutert ganske flittig i norsk rettsvitenskap. Hovedfronten har stått mellom dem som har argumentert for det syn at Grl § 110 c(1) har sjølstendig rettslig betydning, og dem som har argumentert for at første avsnitt bare er en rettslig uforpliktende, politisk tilkjenneivelse, tilsvarende den utbredte forståelsen av formuleringen i Grl § 110(1) om statsmyndighetenes plikt til å tilrettelegge for at enhver kan skaffe seg et utkomme ved sitt arbeid.

I OFS-dommen, Rt 1997 s 580, som i utgangspunktet kun dreide seg om lovligheten av en provisorisk anordning om bruk av tvungen lønnsnemnd mot Oljearbeidernes Fellesorganisasjon (OFS), tok førstvoterende dommer Stang Lund opp spørsmålet om den rettslige rekkevidden av Grl § 110 c(1), og innledet med et lengre sitat fra Stortingets kontroll- og konstitusjonskomites innstilling om denne grunnlovsendringen, Innst S nr 172 (1993–94) på s 6–7:

«Komiteen henviser til NOU 1993; 18 hvor Menneskerettighetslovutvalget har en grundig gjennomgang av spørsmålene i forbindelse med en grunnlovsfesting av menneskerettighetene, herunder også spørsmålet om inkorporering av en eller flere menneskerettighetskonvensjoner og spørsmålet om hvilken trinnhøyde de inkorporerte regler bør ha. Utvalget konkluderer med en enstemmig [s 593] anbefaling om at en

grunnlovsbestemmelse i en generell form bør fastslå menneskerettighetskonvensjonenes betydning, samtidig som den forutsetter inkorporasjon ved lovgiving, jf. alternativ F i det foreliggende forslag. Utvalget mener at denne kombinasjonen av Grunnlov og lov vil gi best uttrykk for symbolverdien i en generell form, uten at noen konvensjoner fremheves i Grunnloven på bekostning av andre.

Komiteen er enig i utvalgets vurderinger og vil foreslå at formuleringen i alternativ F tas inn i Grunnloven. ...» (Rt 1997 s 580 på s 592 siste avsnitt flg.)

Umiddelbart i forlengelsen av dette sitatet sammenfattet dommer Stang Lund sitt eget syn slik:

«Det følger av Stortingets valg av alternativ F 6 og kontroll- og konstitusjonskomiteens uttalelser at de folkerettslige forpliktelser Norge har påtatt seg i konvensjoner om menneskerettigheter, må gjennomføres ved lov.» (Rt 1997 s 580 på s 593 tredje avsnitt.)

Det her gjengitte utdraget fra OFS-dommen ga grunnlag for å reise spørsmålet om dommerne utelukkende hadde ment å uttrykke at Grl § 110 c ikke hadde rokket det dualistiske prinsippet, eller om dommen gikk ett skritt lenger, og helt frakjente Grl § 110 c(1) noen rettslig betydning, ut over den «symbolverdien» som stortingskomiteen hadde omtalt.

Den tolkingstilvilen som måtte ha oppstått gjennom OFS-dommen, fikk imidlertid ikke lang levetid. I kontrast til synet på det materielle rettsinnholdet i Grl § 110 c(1) som ble formulert i denne dommen, ga førstvoterende dommer Gussgard i plenumskjennelsen i Kjuus-saken, Rt 1997 s 1821, på vegne av flertallet (12–5) uttrykk for følgende syn på denne grunnlovsbestemmelsens betydning som tolkingsmoment ved praktiseringen av Strl § 135 a:

«... Ved den avveining som skal foretas i forhold til Grunnloven § 100, må det ha betydning at vern mot rasediskriminering er akseptert i det internasjonale samfunn som en grunnleggende rettighet. I denne forbindelse finner jeg grunn til å nevne Grunnloven § 110 c, vedtatt i 1994, hvorefter det “paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighederne”.» (Rt 1997 s 1821 på s 1832 fjerde avsnitt.)

Flertallsformuleringen her gir ikke noen heldekkende svar på spørsmålet om den sjølstendige rettslige betydningen av Grl § 110 c(1), men det ble iallfall klart uttalt at bestemmelsen hadde sjølstendig rettslig betydning for tolkingen av Grl § 100, fanebestemmelsen blant Grunnlovens sivile og politiske rettighetsbestemmelser. Desto større grunn er det da til å anvende Grl § 110 c(1) som tolkingsramme ved avgjørelsen av vanlige lovbestemmelers forenlighet med de internasjonale menneskerettighetene.

Jeg har ikke oversett at to motstridende menneskerettigheter sto mot hverandre i Kjuus-kjennelsen: ytringsfrihet mot rasediskrimineringsvern (vern mot etnisk forfølgelse). Min grunnantakelse legger imidlertid neppe noen klare føringer verken for den rettslige eller moralske løsningen av slike konflikter, bortsett fra det sjølsagte – at man ikke uten god begrunnelse kan bortfortolke den ene av dem.

Etter at vi i 1999 fikk Menneskerettsloven, og med dennes § 2 inkorporeeringen av først EMK, SP og ØSK + div. protokoller, og så – ved tilleggslov 86/2003 – inkorporeringen av BK, har debatten om den rettslige betydningen av Grl § 110 c(1) stilnet. Det ligger utenfor rammene for denne avhandlingen å blåse liv i debatten igjen, men jeg vil likevel kort hevde som mitt syn at det ville være en lite rettighetsbevisst, og dermed uholdbar, tolkning å anse Grl § 110 c(1) utelukkende som en rettslig uforpliktende, politisk programmerklæring. Dersom Stortinget hadde ment at *alt av rettslig betydning* om «Gjennomførelsen af Traktater» om «Menneskerettighetene» skulle fastsettes gjennom lov, måtte tinget ha utformet første (eller andre) avsnitt annerledes. Når det ikke skjedde, kan jeg vanskelig skjønne at Høyesterett kan komme opp med et holdbart grunnlag for å tolke bort enhver rettslig betydning av første avsnitt innenfor det tolkingsspillerom som følger av Høyesteretts egen grunnlovstolkningstradisjon.

Betydningen av Grl § 110 c(1) ville komme på spissen den dagen Stortinget skulle vedta en lovbestemmelse som vitterlig, dvs erklært, strir mot (i) innarbeidete menneskerettsinstrumenter, eller (ii) ikke innarbeidete menneskerettsinstrumenter som har status minst som folkerettslig sedvane rett, eller endog som jus cogens (se nærmere om dette i avsnitt (8.2) straks nedenfor), eller (iii) ikke innarbeidete, men ratifiserte (og altså folkerettslig bindende) menneskerettsinstrumenter som ikke har folkerettslig sedvanestatus. I tilfellene (i) og (ii) måtte da Høyesterett ta stilling til om denne villete motstriden skal aksepteres av respekt for lovgiverviljen, eller om lovvedtaket skal settes til side som stridende enten mot Grl § 110 c(1) eller mot folkerettslig sedvanerett eller jus cogens. I tilfelle (iii) måtte Høyesterett fortsatt ta stilling til rekkevidden av Grl § 110 c(1), men dersom denne bestemmelsen tolkes som rettslig uforbindende, kan tilsidesettelsesspørsmålet løses ut fra en avveining hovedsakelig mellom lovgiverlojalitet og presumsjonsprinsippet.

(8.1.2) Bestemmelsene i Straffeloven, Tvistemålsloven, Straffeprosessloven, Utlendingsloven og Tvangsfullbyrdelsesloven om monisme på disse rettsområdene

Gjennom vedtakelsen av Menneskerettsloven fulgte statsmyndighetene opp forutsetningene i Grl § 110 c andre avsnitt. Men fra før av fantes bestemmelser i Straffeloven 22.5.1902 nr 10 § 1(2)⁴⁶¹, Tvistemålsloven 13.8.1915 nr 6 § 36 a⁴⁶², Straffeprosessloven 22.5.1981 nr 25 § 4, Utlendingsloven 24.6.1988 nr 64 § 4 og Tvangsfullbyrdelsesloven 26.6.1992 nr 86 § 1-4 om at disse lovene gjelder «med de begrensninger som følger av overenskomst med fremmed stat eller av folkeretten for øvrig», for her å gjengi ordlyden i

⁴⁶¹ Tilsvarende i Straffeloven 20.5.2005 nr 28 § 2.

⁴⁶² Tilsvarende i Tvistemålsloven 17.6.2005 nr 90 § 1-2.

den førstnevnte bestemmelsen, som innholdsmessig er praktisk talt likelydende i alle disse lovene.

På de rettsområdene som disse lovene regulerer, gjelder mao såkalt sektormonisme mellom internretten og folkeretten, som betyr at folkerettslige traktatforpliktelser gjelder uten innarbeiding (gjennom transformasjon, inkorporasjon eller konstatering av rettsharmoni). Denne ordningen gjelder generelt for alle folkerettslige forpliktelser, altså også for internasjonale menneskerettslige forpliktelser.

Den praktiske betydningen av disse spesialbestemmelsene er betydelig, sjøl om Høyesterett i flere avgjørelser ikke synes å ha ofret dem videre oppmerksomhet – f.eks. i bølgepappkjennelsen, Rt 1994 s 610, hvor Strpl § 4 ikke ble drøftet som skranke mot formuleringen av den såkalte «klarhetsdoktrinen», og Kjuus-kjennelsen, Rt 1997 s 1821 (plenum, dissens 12–5), hvor flertallet ikke eksplisitt påberopte Strl § 1(2) som argument for å tolke ytringsfriheten innskrenkende i lys av RDK. Betydningen av den renessanse som dualismeprinsippet har fått med Finanger I-dommen, Rt 2000 s 1811 (plenum, dissens 10–5; 8–7), må vurderes i lys av disse betydelige sektorene med monisme. Og for øvrig kommer hele det menneskerettslige feltet inn som et rettsområde hvor dualismeprinsippet trolig ikke gjelder, jf det jeg skreiv om betydningen av Grl § 110 c første avsnitt i avsnitt (8.1.1) rett ovenfor, og problemstillingen jeg tar opp i det påfølgende avsnitt (8.2).

(8.2) *Særskilt om internasjonale menneskerettigheter som har jus cogens-status eller status som folkerettslig sedvanerett, og derfor er bindende for Norge eo ipso*

En anerkjennelse av folkerettslige forpliktelser som knytter seg til det gamle folkerettslige sedvanerettsbegrepet *jus cogens*, dvs '(umiddelbart) tvingende rett'⁴⁶³, som allerede Hugo Grotius bygde på i «De jure belli ac pacis libri tres»⁴⁶⁴ (1625), er etter andre verdenskrig blitt uttrykkelig inkludert bl.a. i Traktatrettskonvensjonen 1969 art 53 og 64 (i engelsk språkdrakt med den gamle termen i parentes: «a peremptory norm of general international law (*jus cogens*)»). Begrepet har fått et nærmere utmeislet betydningsinnhold gjennom flere dommer fra Den internasjonale domstol i Haag (ICJ), og har påkalt en etter hvert stadig større interesse i folkerettslitteraturen.⁴⁶⁵ I ICJs andre dom i *Barcelona Traction*-saken, 5.2.1970, ga dommerne med stemmetallet 14–1 et sentralt, og ofte sitert, bidrag til utviklingen av begrepet om *jus cogens*-rettigheter og -forpliktelser, ved å knytte det sam-

⁴⁶³ *Cogens* er presens partisipp av det latinske verbet *cogere*, å tvinge (Mørland m.fl. 1965 s 104 flg).

⁴⁶⁴ Om krigens og fredens rett i tre deler (min oversettelse fra latin).

⁴⁶⁵ Se oversiktene (i kronologisk rekkefølge) hos Cassese 2001 (s 138–48); Ruud og Ulfstein 2002 (s 240 avsnitt 5), Ruud og Ulfstein 2006 (s 72 andre avsnitt), Brownlie 2003 (s 488–90) og Nystuen 2004 (s 171–80). Mer inngående, se artikkelen til Byers 1997 og monografien til Ragazzi 1997.

men med det overveiende prosessuelle «søster»-begrepet om *erga omnes*-rettigheter og -forpliktelser, dvs rettigheter og forpliktelser «overfor alle»⁴⁶⁶ stater, ikke bare overfor en enkeltstat som er krenket i snevrere folkerettslig forstand (*Ruud og Ulfstein* 2002 s 240 siste avsnitt flg; *Ruud og Ulfstein* 2006 s 73 tredje avsnitt):

«[Obligations erga omnes] derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. ...» (ICJ Reports 1970 s 3 på s 32 avsnitt 34.)

Denne oppstillingen var neppe ment å være fullstendig, og har heller ikke blitt oppfattet slik i senere ICJ-praksis og i folkerettslitteraturen. *Cassese* 2001 (s 141 fjerde avsnitt) listet opp følgende forbrytelser som etter hans mening trolig regnes som *jus cogens*-forbrytelser i folkerettssamfunnet: aggresjonsforbrytelsen, maktbruk i forbindelse med etablering og opprettholdelse av koloniherrdømme, slaveri, folkemord, apartheid, massiv havforurensing, bruk av makt eller trusler om maktbruk, brudd på de grunnleggende menneskerettighetene og især etnisk diskriminering, tortur og krenkelser av sjølbestemmelsesretten, samt krenkelser av de fundamentale prinsipper i humanitærretten og især krigsforbrytelser og forbrytelser mot menneskeheten.

I ICJs rådgivende uttalelse 9.7.2004 om rettslige konsekvenser av Israels murbygging på okkupert palestinsk territorium understreket retten i avsnitt 88 andre underavsnitt under henvisning til sin egen dom i Øst-Timor-saken (ICJ Reports 1995 avsnitt 29) at «[t]he Court indeed made it clear that the right of peoples to self-determination is today a right *erga omnes*». I samme uttalelse, avsnitt 87, gjentok ICJ under henvisning til Nicaragua-dommen (ICJ Reports 1986 avsnitt 187–90) at prinsippene vedrørende forbud mot makttrusler og maktbruk i FN-pakten art 2(4) «reflect customary international law». Det enda mer forpliktende *jus cogens*-begrepet ble altså ikke brukt om dette forbudet – noe som trolig avspeiler uenighet i ICJ om rettmessigheten av såkalte humanitære intervensjoner.

Etter mitt syn er det åpenbart at *jus cogens*- og *erga omnes*-begrepene i folkeretten har solide moralske røtter, på samme måte som de internasjonale menneskerettighetene har det. Det var i første rekke verdenssamfunnets smertefulle erfaringer gjennom to verdenskriger i det 20. århundre som bidro til å traktatfeste *jus cogens*- og *erga omnes*-forpliktelser, som fram til da, med unntak for de alvorligste forbrytelsene mot krigens lover, ikke hadde vært traktatfestet. Ut fra foreliggende folkerettslig og menneskerettslig argumentmateriale kan det nok være vanskelig å trekke klare konklusjoner når det gjelder hvilke av rettsreglene blant internasjonale menneskerettsregler som har status som *jus cogens*, eller som iallfall må regnes å ha fått folkerettslig sedvanerettsstatus. Men det vil nok være brei støtte blant folkerettslærde eller eksperter på internasjonale menneskerettigheter om at iallfall de sentrale materielle bestemmelsene i de aller fleste av de instru-

⁴⁶⁶ *Erga omnes* er latin, og betyr «mot alle» (*Morland m.fl.* 1965 henholdsvis s 201 og s 420).

mentene som er relatert til oppregningen til *Cassese* 2001 rett foran, må ha slik status. Dette synet innebærer at bl.a. hovedtrekkene i SP, ØSK, EMK og BK, dvs de fire instrumentene som er inkorporert i Mrl § 2, må regnes som *jus cogens* eller ha forankring som folkerettslig sedvanerett, med den konsekvens at Høyesterett må sette til side enhver lovgivning fra Stortinget som strir mot slike forpliktelser. I og med at Menneskerettsloven har trinnhøyde som vanlig lov, kan Stortinget teoretisk lovgi i strid med Mrl § 2, men det vil altså – så sant Høyesterett oppfyller sine forpliktelser etter Grl § 110 c – utløse en interessant konstitusjonell strid mellom de to statsmaktene.

Når det særskilt gjelder statusen til FNs Verdenserklæring om menneskerettigheter (VE), er denne som kjent formelt et «soft law»-instrument. I og med at det er en utbredt internasjonal oppfatning i menneskerettslig teori at VEs kjerne har status som folkerettslig sedvanerett, bl.a. under henvisning til at VEs innhold allerede originært måtte bedømmes som et minste felles multiplum av signatarstatenes rettsoppfatninger,⁴⁶⁷ mener jeg at det må være udiskutabelt at *retten til menneskeverd* også er en uskreven del av norsk rett.

(8.3) *Moralfilosofiske implikasjoner av gjeldende rett hva angår menneskerettighetenes innarbeiding i rettsordningen – samlende drøftelse*

At de internasjonale menneskerettighetene har en fundamental plass i den internrettslige norske rettsordningen, er – som framstillingen hittil i avsnitt (8) har vist – både ubestridelig og nokså uomstridt. Sammenholdt med konklusjonen i avsnitt (7), jf avsnitt 3.2.1(7.4) ovenfor, om at separasjonstesen neppe er et gjeldende argumentasjonsteoriprinsipp hos oss, er det duket for den konklusjon at det – iallfall ut fra rettsstilstanden for tida⁴⁶⁸ – verken foreligger rettslige hindre i form av lovgivning eller entydig rettspraksis mot å gi tilslutning til min grunnantakelse om at en rettsavgjørelse som ikke er forenlig med de internasjonale menneskerettighetene, eller ikke fremmer gjennomføringen av dem, ikke kan regnes som gjeldende rett.

Jeg vil ikke anføre at fraværet av rettslige motargumenter *alene* er tilstrekkelig som moralfilosofisk begrunnelse av min grunnantakelse. Min sentrale moralfilosofiske begrunnelse av grunnantakelsen ga jeg derfor i

⁴⁶⁷ Se slik f.eks. *Samnøy* 1999 (s 17 siste avsnitt) – eksplisitt om VE art 1: «... The text of article 1 was the lowest common denominator of human rights philosophy among members of the United Nations.» For en antydning om den omfattende debatten om VEs moralske, politiske og rettslige betydning i det internasjonale menneskerettssamfunnet viser jeg ellers i utgangspunktet til *Alfredsson og Eide (red)* 1999 (s xxv–xxxii), og blant de nyere monografiene til *Brems* 2001.

⁴⁶⁸ Dvs per 30.6.2007, jf kapittel 1 avsnitt 1.2.2 ovenfor.

avsnitt (4)–(7) foran. Men de rettslige argumentene må likevel kunne hevdes å ha en ikke ubetydelig moralfilosofisk betydning:

For det første vil jeg framheve at de internasjonale menneskerettighetenes inkorporasjon i den internrettslige rettsordningen er en indikasjon på at disse lovvedtakene er truffet ikke bare på pragmatisk grunnlag (fordi de fleste andre stater i vår del av verden har gjort det), men også som politiske verdivalg, altså *moralske valg*. Jeg holder det mao for *uplausibelt* at det ikke er noen moralsk stillingtaking som ligger i bunnen her. Dermed har jeg besvart min tredje problemstilling i avsnitt 3.1.3(1) foran.

For det andre vil jeg hevde at den breie enigheten om de internasjonale menneskerettighetenes betydelige plass i rettsordningen i seg sjøl er et viktig element i en rasjonell moralfilosofisk begrunnelse av min grunnantakelse.

Jeg går nærmere inn på den omforente betydningen av de moralfilosofiske og rettslige argumentene for grunnantakelsen i det samlede avsnitt (10) nedenfor.

(9) *To praktiske eksempler på betydningen av grunnantakelsen*

(9.1) *Grunnantakelsen anvendt på Høyesteretts «klarhetsdoktrinen» i bølgepappkjennelsen, Rt 1994 s 610*

Den såkalte «klarhetsdoktrinen» som Høyesterett formulerte i bølgepappkjennelsen, Rt 1994 s 610⁴⁶⁹, om norske domstolars plikt etter Strpl § 4 til å tilsidesette internrettslige straffeprosessregler som stred mot menneskerettighetene, lød i sin kjerne slik:

«... For at en norsk domstol skal ha grunnlag for å fravike det som følger av nasjonale prosessregler, må den avvikende regel som kan bygges på folkerettslige kilder, fremtre som tilstrekkelig klar og entydig til at den [s 617] bør tillegges en slik virkning. Særlig må dette gjelde, antar jeg, dersom det blir tale om å endre en rettsstilstand som bygger på klar og innarbeidet norsk lovgivning eller praksis. ...» (Rt 1994 s 610 på s 616 siste avsnitt flg.)

Klarhetsdoktrinen formulerte i korthet den tolkingsanvisning at det bare er ved *klar* motstrid at den internrettslige regelen måtte vike overfor den folkerettslige regelen – som for de fleste praktiske formål også vil være en menneskerettslig regel. Høyesterett høynet terskelen for å måtte gi f.eks. SP, EMK, Den europeiske torturkonvensjon 26.11.1987 eller andre relevante folkerettslige instrumenter forrang i straffeprosessuelle spørsmål. Det Høyesterett gjorde, var mao å uttale at rettslig tvil skal komme staten til

⁴⁶⁹ Førstvoterende dommer Bugge, med tilslutning fra dommer Dolva, konst. dommer Lødrup, og dommerne Gussgard og Aasland.

gode under rettergang, ikke den løsningen som stemmer best med menneskerettslige regler.

Klarhetsdoktrinen var etter min mening rettslig uholdbar allerede da den ble formulert, bedømt etter en tradisjonell juridisk argumentativ målestokk, og det av følgende to grunner:

(i) Det uskrevne presumsjonsprinsippet (utviklet av Høyesterett) om folkerettskonform tolking av internretten for å bringe denne i samsvar med traktatmessige forpliktelser som Norge har påtatt seg, inkluderte før bølgepappkjennelsen ingen slik klarhetsdoktrine, og klarhetsdoktrinen undergravde både det folkerettslige effektivitetsprinsippet og den utbredte enighet i den globale folkerettsteorien om at de sentrale internasjonale menneskerettighetene hadde fått *jus cogens*-status⁴⁷⁰, eller iallfall status som folkerettslig sedvanerett.

(ii) Ut fra bakgrunnen for den ordningen med sektormonisme som var hjemlet i Strpl § 4, og som Høyesterett uttrykkelig anerkjente i bølgepappkjennelsen, forelå det ikke autoritativ argumentativ støtte i noen argumenttyper (rettskildefaktorer) for formuleringen av klarhetsdoktrinen – doktrinen var i sin kjerne et av de klareste eksempler på domstolskapt rett etter andre verdenskrig.

Men klarhetsdoktrinen ble stående – trass i til dels skarp kritikk i rettsvitenskapen, helt til etter vedtakelsen av Menneskerettsloven i 1999. Ikke bare ble klarhetsdoktrinen stående i disse åra – i OFS-dommen, Rt 1997 s 580, gikk Høyesterett enstemmig nokså langt i å uttale at Grl § 110 c(1) ikke hadde sjølstendig rettslig betydning, noe som imidlertid ble mer enn nøytralisert av Høyesterett i plenum gjennom Kjuus-kjennelsen, Rt 1997 s 1821, se nærmere avsnitt (8.1.1) foran. Gjennom flere dommer i åra 1999–2003 ga Høyesterett deretter skritt for skritt slipp på klarhetsdoktrinen.

Vendepunktet kom med plenumsdommen i Böhler-saken («Forhøyet tilleggsskatt=straffesiktelse»-dommen), Rt 2000 s 996. I denne dommen måtte også de dommerne som hadde fortsatt å støtte klarhetsdoktrinen, til og med etter vedtakelsen av Menneskerettsloven, se rest-Jugoslavia-kjennelsen, Rt 1999 s 961 (dissens 4–1), innse at noe krav om «klar» motstrid for å gi den menneskerettslige regelen forrang overfor den internrettslige regelen, ikke var tatt med i Mrl § 3. Trass i at Justisdepartementets lovavdeling og Regjeringsadvokaten i årevis hadde jobbet hardt – bak lukkede dører – for å få til en slik lovfesting av klarhetsdoktrinen i Menneskerettsloven, og dermed forsinket lovgivningsprosessen i flere år, lyktes utviklingsminister Hilde Frafjord Johnsen i den interne dragkampen i regjeringskollegiet med å overbevise flertallet om at justisminister Dørums

⁴⁷⁰ Om *jus cogens*-argumentet, se nærmere i avsnitt (8.2) foran.

forsvar for «klar motstrid» i Mrl § 3 ville skade Norges anseelse i utlandet.⁴⁷¹

Jeg har analysert Böhler-dommen, inklusiv dens for- og etterhistorie, og den fordekte politiske striden om formuleringen av forrangsregelen i Mrl § 3, i to artikler i *Kritisk Juss*, se henholdsvis *Berg* 2000c og 2000d.

I dobbeltstraffgjenopptakingskjennelsen, Rt 2003 s 359, ble doktrinen endelig forlatt av Høyesterett i plenum, se kjennelsens avsnitt 58. Høyesterett ga imidlertid tydelig til kjenne at den kursendringen som hadde medført klarhetsdoktrinen endelikt, ikke også innebar et klarsignal til dynamisk tolking av menneskerettighetene ved norske domstoler, noe som ble understreket ved følgende sitat fra Böhler-dommen, Rt 2000 s 996 på s 1008 andre avsnitt:

«... “Dersom norske domstoler skulle være like dynamiske i sin fortolkning av EMK som det EMD er, ville man kunne risikere at norske domstoler i enkelte tilfeller går lenger enn det som er nødvendig i forhold til EMK. Dette vil kunne legge et unødvendig bånd på norsk lovgivningsmyndighet. Av hensyn til den balanse mellom lovgivningsmyndighet og domsmyndighet som vår statsskikk bygger på, vil dette kunne være uheldig.”» (Rt 2003 s 359 avsnitt 84.)

Dermed er det grunnlag for å hevde at klarhetsdoktrinen – enn så lenge – har blitt erstattet av en *forsiktighetsdoktrine* – en sak til sak-basert tilpasning til menneskerettsutviklingen internasjonalt. Doktrinen kan karakteriseres å være basert på en sjølstendig tolkning av vedkommende menneskerettslige instrument, og (hvis deg dreier seg om EMK) gjennom bruk av samme metode som EMD bruker (bortsett fra når det gjelder den dynamiske tolkingsmetoden, se domssitatet rett ovenfor), men uten at Høyesterett er villig til å legge inn noen «sikkerhetsmarginer mot at Norge dømmes for konvensjonsbrudd». Plenumskjennelsen i barneseksaken, Rt 2005 s 833, avsnitt 45 og 46 framstår som et godt eksempel fra de siste åra på Høyesteretts nye kurs etter klarhetsdoktrinen fall.

I denne saken avgjorde Høyesterett i plenum enstemmig (men med begrunnelsesdissens 15–2) at Strl § 195(3), om at villfarelse med hensyn til alder ikke fritar for straff for seksuell omgang med noen under 14 år, var i strid med uskyldspresumsjonen i EMK art 6(2), og at denne motstriden måtte løses ved å innfortolke samme regel om omvendt bevisbyrde som i Strl § 196(3), altså at tiltalte kan fri seg fra straff ved å sannsynliggjøre at ingen uaktsomhet forelå når det gjaldt villfarelsen om fornærmetes alder. I domspremissene uttalte Høyesterett at forrangsbestemmelsen i Mrl § 3 bygger på en «klar lovgivervilje» (avsnitt 42), mens Strl § 195(3) «bygger på en klar og sterk norsk lovgivervilje» (avsnitt 46). Noen muligheter for å vri seg unna motstrid gjennom «skille i sak»-metoden forelå det neppe her, i og med at Norge trolig var alene blant signatarstatene om å ha en slik

⁴⁷¹ Domspremissene er imidlertid tause om denne striden, trass i dens betydning som tolkingsmoment, noe som trolig var nødvendig for å få til en enstemmig dom.

straffebestemmelse som Strl § 195(3). Når situasjonen var slik, og EMDs praksis var så klar (avsnitt 48–76), måtte den sentrale rettssikkerhetsgaranti som ligger i uskyldspresumsjonen være avgjørende, vurdert opp mot det objektive straffbarhetsvilkåret i Strl § 195(3), og den strenge fengselsstraffen som denne hjemler (avsnitt 87).

Formålet med drøftelsen her, jf avsnittsoverskriften, gjør det ikke nødvendig å få med alle nyansene i de siste åras høyesterettspraksis om forholdet mellom menneskerettighetene og internretten. Men også en annen plenumskjennelse, Rt 2006 s 1409 (dissens 14–1), fortjener å framheves som eksempel på Høyesteretts evne til å justere egen praksis i retning større sjølstendighet i tolkningen av vedkommende menneskerettslige instrument. Saken gjaldt tolkningen av forbudet mot dobbeltstraff etter EMKs 7. tilleggsprotokoll (P 7) art 4, hvor Bøhler-dommen hadde åpnet en lavine av mer eller mindre velbegrunnede søksmål om «dobbeltstraff» ikke bare innenfor skatteretten, men på en rekke forskjellige rettsområder. I denne saken avgjorde Høyesterett, under henvisning til EMDs avvisningsavgjørelse 14.9.2004, *Rosenquist mot Sverige*, (EMD-2000-60619), at ilagt tilleggs-skatt med 30 % etter Ligningsloven 13.6.1980 nr 24 § 10-2(2) for unnlatt innlevering av selvangivelse ikke skulle regnes som «samme straffbare forhold» etter P 7 art 4. Dermed var det ikke i strid med P 7 art 4 at skattyteren hadde blitt satt under tiltale for grovt skattesvik etter Lignl § 12-2, jf § 12-1(1)(d), som tiltaltes forsvarer hadde anført, og konklusjonen ville ha blitt den samme, dersom forsvareren også hadde anført at tiltalen for overtredelse av Lignl § 12-2, jf § 12-1(1)(a) var i strid med P 7 art 4.

Klarhetsdoktrinen fikk altså et relativt kort liv, fra bølgepappkjennelsen til Bøhler-dommen, men vi hadde vært spart helt for dette intermessøet dersom Høyesterett i bølgepappkjennelsen og seinere hadde anvendt et moralsk filter av samme art som min grunnantakelse. Klarhetsdoktrinen kunne ikke med skinn av legitimitet ha vært formulert, dersom Høyesterett hadde ansett seg bundet av en moralregel som, i likhet med min grunnantakelse, statuerer plikt til å anvende internretten på en måte som er forenlig med de internasjonale menneskerettighetene eller fremmer gjennomføringen av dem. For klarhetsdoktrinens siktemål var ubestridelig å begrense rekkevidden av Strpl § 4 til det absolutte minimum.

Under samme forutsetning kunne Høyesterett heller ikke i Bøhler-dommen og barnesexkjennelsen ha formulert den – fortsatt gjeldende – forsiktighetsdoktrinen om å ikke ville legge inn sikkerhetsmarginer under prøvingen av forenligheten med menneskerettslige instrumenter, for å unngå domfellelse i EMD eller liknende tilbakemeldinger fra internasjonale menneskerettighetsinstanser.

Gjennom Dar-kjennelsen, Rt 2008 s 513, har Høyesterett tatt et ytterligere skritt i tydeliggjøringen av en *forsiktighetsdoktrine* på tvers av rettsinnholdet i min grunnantakelse, i en tvist om norske myndigheters plikt til å respektere midlertidige tiltak («interim measures») som FNs torturovervåkingskomité, opprettet i medhold av FN-konvensjon 10.12.1984, kan treffe

i medhold av komiteens forretningsorden. Spesialrapportøren hadde anmodet norske myndigheter om ikke å uttransportere Dar, som hadde fått avslag på sin asylklage, før Dars FN-klage var blitt avgjort, men anmodningen var ikke blitt respektert. Høyesterett kom i likhet med de lavere instanser til at Dars søksmål om uttransporteringens lovlighet måtte avvises, fordi uttransporteringen var blitt gjennomført og Dar seinere hadde kommet tilbake til Norge og fått lovlig opphold basert på ny dokumentasjon. Men dommerne tok i et relativt kort, men klart, obiter dictum stilling til spørsmålet om gjennomslagskraften til torturovervåkingskomiteens anmodning om midlertidig tiltak. Førstvoterende dommer Bruzelius⁴⁷² uttalte at hun ikke kunne se at den påberopte EMD-storkammeravgjørelse 4.2.2005 i saken Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia, EMD-1999-46827-2, viste

«... at det foreligger et sedvanerettslig eller annet grunnlag for at anmodninger om midlertidig beskyttelse fra Tortur[overvåkings]komiteen er folkerettslig bindende, når dette ikke har forankring i konvensjonsteksten og komiteens avgjørelser av individklager ikke er rettslig bindende. ...» (Rt 2008 s 513 avsnitt 57.)

Høyesterett valgte her å holde avstand til det eneste organet som er etablert innenfor rammene til FNs torturovervåkingskomité for å fremme etterlevelsen av konvensjonsforpliktelsene, trass i at komiteens forretningsorden ubestridelig er fastsatt i medhold av konvensjonen, og det på utlendingsrettens område gjelder full sektormonisme, se Utlendl § 4. Noe bidrag til folkerettslig sedvanerettutvikling i retning økt gjennomslag nasjonalt for midlertidige anmodninger fra overvåkingsorganer som ikke har samme folkerettslig avklarte stilling som EMD, gir denne høyesterettskjennelsen ikke. Hvordan skal en slik sedvanerettutvikling kunne komme i gang, dersom høyesterettene rundt omkring i verdens land følger dette umodige eksemplet fra Norges Høyesterett?

(9.2) *Grunnantakelsen anvendt på Høyesteretts tildeling gjennom flere år av en «skjønnsmargin» til forvaltningen ved kontrollen av EMK-forenligheten av dennes avgjørelser*

I en avgjørelse inntatt i Rt 1996 s 551, som var en sak om rettmessigheten av et vedtak om å utvise en straffedømt i medhold av Utlendingsloven § 30, jf EMK art 8(2), tok Høyesterett for første gang det standpunkt at den skjønnsmargin som EMK-organene har lagt til grunn, også må legges til grunn av norske domstoler ved overprøvelsen av nasjonale rettsreglers og forvaltningsavgjørelses forenlighet med EMK. Førstvoterende dommer Aarbakkes formulering⁴⁷³ var slik:

⁴⁷² Med tilslutning av kst. dommer Kaasen og dommerne Stabel, Tjomsland og Gjølstad.

⁴⁷³ Med tilslutning fra dommerne Gjølstad, Skåre, Bugge og Christiansen.

«... Den skjønnsmargin som konvensjonsorganene kan antas å ville praktisere, må etter min mening også norske domstoler legge til grunn når de anvender EMK art 8(2). Dette må gjelde til tross for at de hensyn rettssetningen bygger på, i og for seg ikke gjør seg gjeldende på samme måte for norske domstoler. ...» (Rt 1996 s 551 på s 558 nest siste avsnitt.)

Det framgår ikke av domspremissene om dette standpunktet var prosedert aktivt av Regjeringsadvokatens prosessfullmektig, eller om de aktuelle høyesterettsdommerne sjøl hadde initiert det jeg som karakteristikk av sitatet foran vil kalle en *slingringsmonndoktrine* i favør av forvaltningen ved kontrollen med EMK-forenligheten.⁴⁷⁴ Denne doktrinen ble lagt til grunn i to andre dommer om samme rettsspørsmål som ble avsagt samme dag av samme dommere, Rt 1996 s 561 og Rt 1996 s 568.⁴⁷⁵ Doktrinen ble deretter fastholdt (med en viss nyansering) i noen avgjørelser i åra 1996–99, før doktrinen i 2000 ble oppgitt, iallfall i saker om forholdsmessighetsprøving av utvisningsvedtak etter Utlendingsloven (nærmere om det straks nedenfor). De aktuelle dommene er Rt 1996 s 1510 (dissens 3–2)⁴⁷⁶ (på s 1516 første avsnitt (flertallet))⁴⁷⁷ og s 1520 tredje avsnitt (mindretallet)), utvisning av straffedømt-dommen, Rt 1998 s 1795⁴⁷⁸ (på s 1802 tredje avsnitt flg⁴⁷⁹) og rest-Jugoslavia-kjennelsen, Rt 1999 s 961⁴⁸⁰ (på s 971 andre avsnitt).

Bakgrunnen for at denne slingringsmonndoktrinen kom inn og festet grepet i Høyesterett lar seg ikke forklare bare ved lesing av disse dommene. Bortsett fra sistnevnte avgjørelse gjaldt alle sakene utvisninger av straffedømte etter Utlendingsloven §§ 29–30. Det er derfor nærliggende å forstå slingringsmonndoktrinen som et forsøk på å begrense behovet for en inngående prøvelse av slike utvisningsvedtaks rettmessighet, altså dels forholdsmessigheten etter Utlendl § 29(2) og § 30(3), dels lovligheten etter EMK art 8(2).⁴⁸¹ Mao reiser formuleringen av slingringsmonndoktrinen dels spørsmål om rettssikkerhetsidealets betydning for domstolskontrollen etter en internrettslig målestokk, dels spørsmål om hva de folkerettslige forplik-

⁴⁷⁴ Se kritikken mot denne doktrinen fra henholdsvis Aall 1998 og Eggen 2002 som er gjengitt seinere i dette avsnittet.

⁴⁷⁵ Førstvoterende her var imidlertid henholdsvis dommer Bugge og dommer Skåre.

⁴⁷⁶ Førstvoterende dommer Dolva, med tilslutning fra dommerne Lund, Stang Lund, Hellesylt og Skåre.

⁴⁷⁷ Førstvoterende dommer Dolva presiserte ved sin påberøping av de tidligere dommene fra 1996 at «[s]kjønnsmarginen er imidlertid mindre ved menneskerettigheter av personlig karakter enn i en del andre saker».

⁴⁷⁸ Førstvoterende dommer Skoghøy, med tilslutning fra dommerne Rieber-Mohn, Aarbakke, Stang Lund og Aasland.

⁴⁷⁹ Førstvoterende dommer Skoghøy plukket opp tråden fra dommer Dolva, jf to noter ovenfor, og uttalte bl.a. at «[v]ed inngrep i den personlige integritet er skjønnsmarginen mindre enn i andre typer saker», og at «statenes skjønnsmargin ved vurderingen av om utvisningsvedtak er i strid med [EMK art 8(2) må] være forholdsvis vid».

⁴⁸⁰ Førstvoterende dommer Skoghøy, med tilslutning fra dommerne Lund, Stang Lund, Matningsdal og Aasland.

⁴⁸¹ Jeg har gått nærmere inn på prøvelsesrettsspørsmålenes rettslige side i utlendingsretten i avsnitt 3.2.1(7.2.3), 3.2.2(3.4) og 3.2.2(4.2.2–4.2.3) ovenfor.

telsene til nasjonal etterlevelse av EMK betyr for de nasjonale domstolenes kontroll med forvaltningens etterlevelse av EMK.

Når det gjelder det siste spørsmålet kunne Høyesterett ha forsøkt å stive opp troverdigheten til slingringsmonndoktrinen gjennom påberoping av følgende formulering i den grunnleggende *Handyside mot England*-dommen:

«... [The] margin of appreciation ... is given both to the domestic legislator ("prescribed by law") and to the bodies, judicial amongst others, that are called upon to interpret and apply the laws in force ...» (*Handyside mot England*, 7.12.1976, *Series A* No 24, avsnitt 48 siste underavsnitt.)

Denne formuleringen har imidlertid så vidt vites ikke blitt gjentatt i seinere dommer, noe som klart indikerer at EMD seinere har funnet det klokest å unnlate å uttale noe om hvordan de nasjonale domstolene bør gå fram når det gjelder prøvelsesintensiteten overfor egne myndigheter. At EMD gjennom EMK ikke har fått tildelt positiv kompetanse til å legge føringer for nasjonale domstolers prøvelseskompetanse overfor egne myndigheter, må være nokså klart. Ovennevnte passus illustrerer følgelig at EMD kan ta feil, slik alle andre domstoler kan det.

Aall 1998 (s 96–98 avsnitt 4.3.3) rettet klar kritikk mot den nevnte høyesterettspraksis om å gi forvaltningen samme skjønnsmargin som EMD gir statene, og hevdet bl.a. at

«... [d]et er den nasjonale gjennomføringen av menneskerettighetene som er alfa og omega. Og skal denne bli mest mulig reell i saker mot forvaltningen, er det av sentral betydning at domstolskontrollen er så inngående at forvaltningen ikke blir sittende med siste ord i relasjon til sider av saken som kan være av betydning for om inngrepet er menneskerettmessig. ...» (*Aall* 1998 s 97 siste avsnitt.)⁴⁸²

Om det var Aalls argumentasjon som etter hvert seig inn hos Høyesterett, vites ikke, men i forholdsmessighetsvurderingsdommen, Rt 2000 s 591 (dissenser 3–2 og 4–1) distanserte Høyesteretts flertall seg fra Regjeringsadvokatens snedige forsøk på å få gjennomslag for at domstolene måtte vise samme tilbakeholdenhet ved overprøvingen av forholdsmessigheten til utvisningsvedtak etter Utlendl §§ 29–30 som EMD viser gjennom skjønnsmarginen ved prøvelsen av forvaltningsavgjørelsers forenlighet med menneskerettighetene. Førstvoterende dommer Lund uttalte følgende om slingringsmonndoktrinen:

«Fra statens side er det anført at domstolene må vise tilbakeholdenhet ved overprøving av forvaltningens forholdsmessighetsvurdering etter § 30 tredje ledd – at det må gjelde et tilsvarende spillerom for forvaltningens skjønn her som den skjønnsmargin som etter EMK tilstås statene. Jeg ser det ikke slik.

Verken lovens ord eller forarbeidene gir holdepunkter for en slik begrensning i prøvelsesadgangen, og jeg kan heller ikke se at den kan begrunnes i andre forhold. Det dreier seg som nevnt om vurderinger av typisk rettslig karakter i forbindelse med vedtak som innebærer meget tyngende inngrep overfor utlendingen og hans familie. ... Men noen større tilbakeholdenhet ved prøving av forholdsmessigheten ved inngrepet kan jeg ikke se at det er grunnlag for å utvise.

⁴⁸² Aalls artikkel var à jour med den ovennevnte domspraksis til og med 1996.

Høyesterett har riktignok i Rt 1998 s 1795 uttalt at forholdsmessighetsvurderingen etter § 30 tredje ledd "langt på veg [vil] være sammenfallende med den avveining som skal foretas etter [art 8]". Jeg kan imidlertid vanskelig forstå denne uttalelsen dit hen at forholdsmessighetsvurderingen etter § 30 tredje ledd antas å inneholde et tilsvarende vidt spillerom for forvaltningens skjønn som art 8 tilstår statene. En slik forståelse ville harmonere dårlig med at det er tale om en avveining av typisk rettslig karakter i forbindelse med vedtak om svært tyngende inngrep i den personlige frihet, og den har ikke dekning i det som ellers sies i dommen om prøving av forholdsmessigheten etter § 30 tredje ledd. ...» (Rt 2000 s 591 på s 596 tredje avsnitt flg.)

Dommer Lund fikk tilslutning av tre av de øvrige dommerne – Rieber-Mohn (se s 599 nestsiste avsnitt), Stang Lund og Holmøy, til denne forståelsen av det aktuelle rettsspørsmålet.⁴⁸³ Dommer Bugge derimot støttet som eneste dommer statens anførsel om at slingringsmonndoktrinen måtte ligge fast.

I menneskerettslig litteratur etter avsigelsen av dommen i Rt 2000 s 591 har Kyrre Eggen distansert seg klart fra den forutgående høyesterettspraksisen som

«... noe misforstått. Poenget med doktrinen er at de norske domstoler pga sin nære kontakt med norske forhold, er bedre egnet til å prøve nødvendigheten av norske myndigheters inngrep i f.eks. ytringsfriheten. Doktrinen har ikke som formål at myndighetene skal nyte godt av denne friheten overfor norske domstoler.» (Eggen 2002 s 263 fjerde avsnitt.)

I seinere rettspraksis om utvisning av straffedømte eller i andre dommer om overprøvelse av EMK-forenlighet av forvaltningsavgjørelser synes ikke slingringsmonndoktrinen å ha vært brakt opp igjen direkte, verken av statens prosessfullmektig eller av Høyesterett på eget initiativ. Både i Rt 2005 s 229 (avsnitt 29) og Rt 2007 s 667 (avsnitt 26) ble utvisningsvedtak etter Utlendingsloven underlagt full prøvelse under henvisning til Rt 2000 s 591, uten at slingringsmonndoktrinen ble nevnt. Man må derfor kunne hevde at denne doktrinen for tida er lagt død, iallfall hva angår den type forholdsmessighetsvurderinger som var oppe i de nevnte sakene.

Berge Sørensen 2004 (s 189–90) konkluderte, basert på et stort tilfang av internasjonal litteratur, likedan som Aall 1998 og Eggen 2002, og kan derfor påberopes til støtte også for mine synspunkter. Oftedal Broch 2005 har derimot (s 279 flg) forsvart slingringsmonndoktrinen (uten å nytte samme term som jeg gjør). Oftedal Broch hevdet at både Greenpeace-kjennelsen, Rt 2002 s 1271, og TV Vest-dommen, Rt 2004 s 1737, som begge gjaldt skranker for den EMK- og Grunnlovsbeskyttete ytringsfriheten, gir støtte for å fastholde doktrinen. De sakene om forholdsmessighetsprøving i utlendingsretten som jeg har tatt opp, ble imidlertid ikke nevnt av Oftedal Broch. Oftedal Brochs argumentasjon viser etter min mening ikke mer enn at høyesterettspraksis på menneskerettsfeltet er utpreget saksdrevet, basert på de små skrittets rettsutvikling.

⁴⁸³ Om sakens realitet – et utvisningsvedtak etter Utlendingsloven § 30 – mente derimot tre dommere, andrevoterende dommer Rieber-Mohn, med tilslutning fra dommerne Bugge og Holmøy, at vedtaket var gyldig.

Jeg kan konkludere dette eksemplet med samme ord som i avsnitt (9.1) foran: Slingringsmonndoktrinen fikk altså et relativt kort liv, men vi hadde vært spart helt for dette intermessioet dersom Høyesterett i Rt 1996 s 551 og seinere hadde anvendt et moralsk filter av samme art som min grunnantakelse. Slingringsmonndoktrinen kunne ikke med skinn av legitimitet ha vært formulert, dersom Høyesterett hadde ansett seg bundet av en moralregel som, i likhet med min grunnantakelse, statuerer plikt til å anvende internretten på en måte som er forenlig med de internasjonale menneskerettighetene eller fremmer gjennomføringen av dem. For hensikten med slingringsmonndoktrinen var åpenbart å begrense rekkevidden av Mrl § 3.

(10) *Samlende moralfilosofisk begrunnelse av grunnantakelsen – sammenhengstesens begrunnbarhet med hensyn til de internasjonale menneskerettighetenes betydning i rettsordningen*

I de ovenstående avsnitt (1)–(9) har jeg gitt en begrunnelse av min moralfilosofiske grunnantakelse om at en rettsavgjørelse som ikke er forenlig med de internasjonale menneskerettighetene eller ikke fremmer gjennomføringen av dem, ikke kan regnes som gjeldende rett. Det gjenstår å samle noen avgjørende tråder – å påvise sammenhengstesens begrunnbarhet som fundament for grunnantakelsen. Men først vil jeg sammenfatte argumentasjonen i de foregående avsnittene.

(10.1) *Sammenfatning av argumentasjonen ovenfor*

(a) I motsetning til min første moralfilosofiske grunnantakelse, som stiller krav om formell sammenheng mellom rett og moral, stiller denne grunnantakelsen opp et krav om materiell (innholdsmessig) sammenheng mellom rett og moral, og siktemålet er å binde den norske rettsordningen moralsk til de internasjonale menneskerettighetene.

(b) Med grunnantakelsen ønsker jeg å etablere en uskreven argumenttypenorm (rettskildenorm) i den norske rettsordningen om plikt for rettsanvendere til å legge avgjørende vekt på om en rettsavgjørelse er forenlig med eller fremmer gjennomføringen av de internasjonale menneskerettighetene, basert på et moralfilosofisk forankret standpunkt om å fremme disse rettighetenes rekkevidde i internretten.

(c) Bedømmelsen av forenligheten med de internasjonale menneskerettighetene forutsettes å være argumentativt begrunnbar, på samme måte som øvrig rettsanvendelse – at bedømmelser bygger på verdimessige forutsetninger, verdivalg og verdievaluerende synspunkter utelukker mao ikke rasjonell og etterprøvbart argumentasjon om inntatte standpunkter.

(d) Den første (frittstående) moralfilosofiske begrunnelsen jeg ga for grunnantakelsen er forankret i en universalistisk moralposisjon om hvert enkelt menneskes iboende verdighet og menneskeverdets ukrenkelighet.

(e) Den andre (frittstående) moralfilosofiske begrunnelsen jeg ga for grunnantakelsen er forankret i Amartya Sens teori om rettigheter som mulighetsbetingelser for handling.

(f) Den tredje (frittstående) moralfilosofiske begrunnelsen jeg ga for grunnantakelsen er forankret i allmennmoralen, altså at en slik grunnantakelse kan hevdes å samsvare med rådende oppfatninger i Norge av rettsanvendelsens formål.

(g) Den supplerende moralfilosofiske begrunnelsen jeg ga for grunnantakelsen tar utgangspunkt i (i) at separasjonstesens ikke sin alminnelighet er gjeldende rett i Norge, og (ii) at de internasjonale menneskerettighetene er solid forankret i gjeldende norsk rett, jf GrL § 110 c, Menneskerettsloven og bestemmelsene om sektormonisme i Straffeloven, prosesslovene og Utlendingsloven. Sjøl om separasjonstesens ikke i sin alminnelighet anses å være gjeldende rett, og de internasjonale menneskerettighetene har en ubestridelig forankring i den norske rettsordningen, gir ikke dette en tilstrekkelig *moralfilosofisk* forankring av grunnantakelsen. Men separasjonstesens sviktende rettslige holdbarhet i kombinasjon med de internasjonale menneskerettighetenes ubestridelige plass i rettsordningen må likevel etter mitt syn kunne hevdes å ha en ikke ubetydelig moralfilosofisk betydning. For det første vil jeg framheve at menneskerettighetenes integrering i rettsordningen er en indikasjon på at *moralske valg* har skapt denne tingenes tilstand. For det andre vil jeg hevde at den breie enighet om menneskerettighetenes plass i rettsordningen i seg sjøl er et viktig element i en rasjonell moralfilosofisk begrunnelse av min grunnantakelse.

(10.2) Konklusjoner

Min moralfilosofiske argumentasjon – den universalistiske (VE-forankrete), Sens teori om rettigheter som handlingsbetingelser eller den allmennmoraliske, i kombinasjon med de moralfilosofiske føringene fra gjeldende rett hva angår separasjonstesens manglende rettslige forankring og de internasjonale menneskerettighetenes forankring i Grunnloven, Menneskerettighetsloven og annen lovgivning – anføres å legitimere grunnantakelsens holdbarhet, og dermed å legitimere sammenhengstesens som et gjeldende (uskrevet) argumentasjonsteoriprinsipp i norsk rett, så langt det er nødvendig for å begrunne grunnantakelsen. Med sistnevnte forbehold tydeliggjøres at jeg her i avsnitt 3.3, på samme måte som i avsnitt 3.2 ovenfor, *ikke* har tatt stilling til om sammenhengstesens gjelder *generelt* som argumentasjonsteoriprinsipp i norsk rett. Det har ikke vært nødvendig for å begrunne grunnantakelsen.

At grunnantakelsen impliserer en påstand om en slik partiell sammenhengsteses holdbarhet, er utvilsomt. Kjernen i grunnantakelsen er nemlig at dersom en forsøksvis løsning av en konkret rettstvist (i) ikke er forenlig med de internasjonale menneskerettighetene eller (ii) ikke fremmer gjennomføringen av dem, kan den (a) ikke regnes som moralsk akseptabel, og (b) dermed heller ikke regnes som rettslig akseptabel, uansett hvordan den rettslige argumentsituasjonen (rettskildebildet) ellers er. Denne konklusjonen gjelder f.eks. også dersom det er helt på det rene at den menneskerettsstridige løsningen er i samsvar med en uttalt rettsoppfatning fra det flertallet på Stortinget som vedtok den aktuelle lovbestemmelsen. Jf ellers den tilsvarende argumentasjonen i avsnitt 3.2.1(9.2) foran, som etter min mening også gjelder her.

En tilslutning til min grunnantakelse ville for eksempel medføre

- (i) at domstolene ikke ville være berettiget til å blåse nytt liv verken i klarhetsdoktrinen (jf avsnitt (9.1) foran) eller i slingringsmonndoktrinen (avsnitt (9.2) foran),
- (ii) at domstolene ikke ville være berettiget til å bøye seg for et tilfelle av villet motstrid mellom internretten og de internasjonale menneskerettighetene som følge av en hypotetisk lovbestemmelse som klart beklipper rekkevidden av Mrl § 3 i forhold til en nærmere angitt rettsregel, og
- (iii) at domstolene måtte komme på banen i saker som involverer de internasjonale menneskerettighetene med en aktiv vilje til å fremme gjennomføringen av «soft law»-uttalelser fra klage-, inspeksjons- og ekspertorganer som er etablert i medhold av internasjonale menneskerettsinstrumenter (jf avsnitt (3) foran), samt måtte anvende en mer offensiv, dynamisk tolkingsstil i favør av disse rettighetene enn det som preger dagens forsiktighetsdoktrine (avsnitt (9.1) foran).

Forskjellen mellom min grunnantakelses formulering av de internasjonale menneskerettighetenes plass i rettsordningen og gjeldende rett på dette rettsområdet, slik flertallet av norske rettsvitenskapere trolig oppfatter situasjonen, kan kort sammenfattes slik: Etter gjeldende rett er rettsanvenderens vurdering av en rettsavgjørelses forenlighet med de internasjonale menneskerettighetene forankret i en tolking av de relevante lovbestemmelser, innenfor rammene av høyesterettspraksis om disse. Høyesterettspraksis til enhver tid legger avgjørende føringer både for hvor dynamisk andre rettsanvendere kan tolke de internasjonale menneskerettighetene, og for hvor ekspansivt bl.a. Mrl § 3 kan tolkes for å øke området med rettsharmoni mellom de internasjonale menneskerettighetenes krav og internretten. Et – per i dag hypotetisk – bevisst menneskerettsstridig lovvedtak av Stortinget ville i utgangspunktet måtte anses bindende for domstolene, med mindre Høyesterett skulle ta det standpunkt at Grl § 110 c(1) i kombinasjon med folkerettslig sedvanerett gjør lovvedtaket grunnlovsstridig.

Etter min grunnantakelse vil føringene fra de internasjonale menneskerettighetene i utgangspunktet alltid være moralfilosofisk forpliktende, og

dermed også rettslig avgjørende, uansett føringene fra internrettslige argumenttyper. Grl § 110 c(1) måtte mao tas i bruk som et aktivt virkemiddel for å fremme innarbeiding i praksis av de internasjonale menneskerettighetene i den norske rettsordningen. Den vektnorm som grunnantakelsen impliserer, kan klassifiseres som et uskrevet argumentasjonsteoriprinsipp (rettskildeprinsipp) av semikonstitusjonell karakter.

Med denne redegjørelsen har jeg oppfylt kravene jeg oppstilte i avsnitt 3.1.2(3) foran til begrunnbarheten av en svakt kognitivistisk moralfilosofiposisjon. Dermed har jeg også besvart den fjerde problemstillingen i avsnitt 3.1.3(1) foran om mulighetene for en rasjonell moralfilosofisk begrunnelse av min grunnantakelse.

3.3.2 Innplassering av grunnantakelsen i forhold til liknende synspunkter i rettsteori, moralfilosofi og politisk teori

(1) Generelt

Det er vanskelig å få øye på moralfilosofier eller rettsteoretikere som har hevdet noe som likner på min grunnantakelse om at en rettsavgjørelse som ikke er forenlig med de internasjonale menneskerettighetene eller ikke fremmer gjennomføringen av dem, ikke kan regnes som gjeldende rett. Denne realiteten står i underlig kontrast til det faktum at tilslutning til de internasjonale menneskerettighetene kan forankres på flere, nokså forskjellige, moralfilosofiske grunnlag – ikke bare på det grunnlaget som er kjernegrunnlaget, rettighetsbasert moralfilosofi, men også basert på kontraktsbasert, pliktbasert (deontologisk) eller dydsbasert moralfilosofi, for å nevne de mest aktuelle moralfilosofiske retninger.

Forklaringen på den manglende interesse for en slik grunnantakelsesformulering er nok at den sammenhengstese⁴⁸⁴ som jeg tar utgangspunkt i, er en relativt fremmed fugl i vår tids rettsvitenskap og moralfilosofi. Som følge av separasjonstesens hegemoni har heller ikke den menneskerettslige bølgen i norsk rettsvitenskap fra et stykke ut på 1990-tallet utløst noen diskusjon om moralsk plikt til å praktisere rettsreglene på en menneskerettskonform måte.

Når situasjonen er slik, vil jeg nøye meg med å framheve enkelte moralfilosofiske retninger som pga deres generelt menneskerettsbejaende premisser eller konklusjoner lar seg forene med min grunnantakelse. *Dancy* 1992 har framhevet bare to moralfilosofier som etter Kant har forsøkt å forankre sin moralfilosofi i en *rasjonalistisk erkjennelsesteori*, nemlig amerikanerne

⁴⁸⁴ Se om sammenhengstesen avsnitt 3.1.1(1) foran, og om min tredje problemstilling i tilknytning til denne i avsnitt 3.1.3(1) foran.

Alan Gewirth (1912–2004) og Bernard Gert (født 1934). Derfor går jeg kort inn på deres moralfilosofi henholdsvis i avsnitt (2) og (3) nedenfor.

Blant rettsteoretikere i Norge skiller den seine Frede Castberg seg ut. Castberg 1965 (s 126 flg) forankret menneskerettighetenes gyldighet i en forestilling om det naturrettslige minimum, og utbroderte i samme bok sitt syn slik at både rettsstaten, ytringsfriheten, demokratiet og prinsippene for rettferdig rettergang var omfattet av dette minimum.⁴⁸⁵ På et så abstrakt nivå kan man altså hevde at min grunnantakelse ikke kolliderer med Castbergs syn. Castberg sjøl forsøkte imidlertid ikke å operasjonalisere sin naturrettslige preferanse gjennom å skrive noe om f.eks. EMKs betydning for norsk rett, slik han hadde all oppfordring til etter at høyesterettsjustitiarius Terje Wold i festskriftet til Castbergs 70-årsdag (*Wold* 1963 s 358–59) hevdet at EMK var umiddelbart anvendelig (self executable) i norsk rett, dvs uten noen gjennomføringsakt kunne påberopes overfor norske domstoler, og dermed kom i en annen stilling enn handelstraktater og liknende folkerettslige avtaler.

(2) *Særskilt om Alan Gewirths forsøk på å begrunne menneskerettighetenes moralfilosofiske status som «logisk nødvendig»*

Alan Gewirth, som virket som professor ved University of Chicago, formulerte en moralfilosofisk plattform som karakteriseres som sterkt kognitivistisk. Han lanserte i sitt hovedverk «Reason and Morality» (1981) et ambisiøst forsøk på å begrunne at anerkjennelse av sentrale menneskerettigheter er *logisk nødvendig* som normativ mulighetsbetingelse for formålsrettet (purposive) menneskelig handling i det store og hele:

«The main thesis of this book is that every agent, by the fact of engaging in action, is logically committed to accept a supreme moral principle having a certain determinate normative content. ...» (*Gewirth* 1981 s 48 første avsnitt.)

Fundamentet for denne tesen er det grunnsyn at all (menneskelig) handling har en normativ struktur (*Gewirth* 1981 s 48 andre avsnitt). I realiteten forsøker Gewirth gjennom denne tesen å slutte fra 'er' til 'bør' i moralfilosofien. De to grunnleggende rettighetene (fundamental rights) som Gewirth framhevet, var retten til frihet (right to freedom) og retten til velbefinnende (right to well-being) (1981 s 64 tredje avsnitt). Hans moralfilosofi er utmyntet i én eneste handlingsmaksime, i det ytre nokså lik de store verdensreligioners «gylne regel»⁴⁸⁶:

«... Act in according with the generic rights of your recipients as well as of yourself. ...» (*Gewirth* 1981 s 135 første avsnitt. Gewirths kursivering strøket.)

⁴⁸⁵ Se sitatet fra Castberg 1965 (s 390 fjerde avsnitt) i slutten av avsnitt 3.1.1(1) foran.

⁴⁸⁶ Regelen formuleres gjerne slik: Gjør mot andre alt det du vil at de skal gjøre mot deg! jf Bibelvarianten i Matt 7,12.

Denne handlingsmaksimen forkortet Gewirth (samme sted) til «the Principle of Generic Consistency (PGC). Jeg vil karakterisere Gewirths posisjon som moralsk realistisk og eksternalistisk, i og med at han bygger på den antakelse at moralske påstander både har sannhetsverdi og korresponderer med fakta i objektverdenen. Gewirths forsøk på å «pensjonere» all annen moralfilosofi gjennom sin tese om at etterlevelse av sentrale menneskerettigheter er logisk nødvendig, har ikke vakt utpreget begeistring.⁴⁸⁷ Jeg har ikke sjøl funnet overveiende grunner til å basere min grunnantakelse på tilslutning til hans moralfilosofi – logisk nødvendighet står for meg som en nokså fremmed fugl i både filosofisk og rettslig argumentasjon. Gewirths posisjon fortjener like fullt å trekkes fram, fordi han pekte på de internasjonale menneskerettighetene som en instansiering av sitt generiske konsistens-prinsipp.

Den danske rettsvitenskaperen Henrik Palmer Olsen ga i sin ph d-avhandling «Rationalitet, ret og moral» (1997) uforbeholden tilslutning til Gewirths moralfilosofi, som han for øvrig som den første nordiske rettsvitenskaper introduserte for et rettsteoretisk interessert publikum, men uten å tilføre noen ny begrunnelse av Gewirths posisjon.⁴⁸⁸ Sammen med engelskmannen Stuart Toddington har han seinere opprettholdt forsvaret for Gewirth i boka «Law in its own Right» (1999).

(3) Særskilt om Bernhard Gerts rasjonalistiske moralfilosofi

Bernard Gert, som i likhet med Gewirth hevdet å kunne begrunne sin moralfilosofi rasjonelt, tok i motsetning til ham klar avstand fra sterk kognitivism (moralisk realisme) i moralfilosofien. Han tok mao høyde for at «even in moral matters not all rational men would publicly advocate the same course of action» (1988 s xxix tredje avsnitt). For Gert er upartiskhet et helt grunnleggende moralsk prinsipp (1988 s 77 flg). Gert poengterte ellers at dersom en etisk teori skal ha noen praktisk nytte som en moralsk rettesnor, må den være en praktisk teori (1988 s 281). De ti moralreglene som Gert oppstilte som slike praktiske moralbud, holder imidlertid et slikt generalitetsnivå at jeg syns det er vanskelig å dra veksler på ham i forhold til min egen grunnantakelse om materiell sammenheng mellom rett og moral.

Gerts 10 bud, oppsummert i *Gert* 1998 (s 157 andre avsnitt) lyder slik: 1) Don't kill; 2) Don't cause pain; 3) Don't disable; 4) Don't deprive of freedom; 5) Don't deprive of pleasure; 6) Don't deceive; 7) Keep your promise; 8) Don't cheat; 9) Obey the law; 10) Do your duty. Ingen av dem gjelder uten unntak: Tvert imot, bud 9 gjelder bare for den som ikke «could publicly advocate violating it» (1998 s xxvi første avsnitt), en formulering som er Gerts versjon av Kants universaliseringsmaksime.

⁴⁸⁷ Den mest omfattende responsen på Gewirths moralfilosofi er trykt i «Gewirth's Ethical Rationalism : Critical Essays with a Reply by Alan Gewirth» / redigert av Edward Regis Jr (1984).

⁴⁸⁸ Palmer Olsens avhandling ble anmeldt av hans landsmann Jens Ravnkilde (filosof med doktorgrad fra Københavns Universitet i 1980 på avhandlingen «Quine's indetermination thesis and the foundation of semantics») i *TjR* 1998 (110) s 518–29. Palmer Olsen tok til gjenmæle i *TjR* 1998 (110) s 977–85.

3.3.3 Konfrontasjon

(1) *Moralfilosofiske innvendinger*

(1.1) *Min grunnantakelse står og faller med de moralfilosofiposisjonene jeg har påberopt, eller med om man ellers vil gi tilslutning til annen rettighetsbasert moralfilosofi*

Mot min grunnantakelse om at en rettsavgjørelse som ikke er forenlig med de internasjonale menneskerettighetene eller ikke fremmer gjennomføringen av dem, ikke kan regnes som gjeldende rett, kan man innvende at dens begrunnbarhet står og faller med de moralfilosofiposisjonene jeg påberopte i avsnitt 3.3.1(4)–(6) ovenfor, forankring henholdsvis i hvert enkelt menneskes iboende verdighet, i Amartya Sens teori om «capabilities» og i allmennmoralen, eller med om man på annet grunnlag vil gi tilslutning til rettighetsbasert moralfilosofi.

Denne innvendingen er logisk uangripelig, og dermed ikke nødvendig å diskutere. Å diskutere aktuelle eller hypotetiske innvendinger mot de tre aktuelle moralfilosofiposisjonene ville sprengte rammene for min oppgave. Jeg vil imidlertid hevde at det er en realitet at de aller fleste moralfilosofiretningene i vår kulturkrets har ryddet argumentativ plass for tilslutning, iallfall med visse forbehold, til de internasjonale menneskerettighetene.

(1.2) *Verken inkorporeringen i norsk rett eller enigheten om menneskerettighetene gir moralfilosofisk belegg for min grunnantakelse*

Mot min grunnantakelse kan man videre innvende at verken vedtakelsen av Grl § 110 c og Menneskerettsloven, at sentrale internasjonale menneskerettsinstrumenter er inkorporert i norsk rett, at vi har sektormonisme i Straffeloven og i prosesslovgivningen mv, eller at det i Norge er brei tilslutning til de internasjonale menneskerettighetene, jf avsnitt 3.3.1(8) foran, gir moralfilosofisk belegg for min grunnantakelse.

Jeg har altså betegnet de moralfilosofiske implikasjonene av denne rettslige realiteten som «ikke ubetydelig», og hevdet at den faktiske innarbeidingen av de internasjonale menneskerettighetene gir «supplerende» moralfilosofisk støtte for min grunnantakelse. Kjernen i min argumentasjon er at det er uplausibelt at det ikke skulle ligge et politisk verdivalg, altså moralsk valg, bak Stortingets innarbeidingsvedtak, særlig når det sto massive flertall bak de sentrale stortingsvedtakene.

Når først situasjonen er slik at (i) de internasjonale menneskerettighetene har en sterk innarbeidet forankring i den internrettslige rettsordningen (både i Grunnloven og diverse lovgivning), og (ii) det er trolig at innarbeidingen

reflekterer et moralsk valg (verdivalg) fra det breie lovgiverflertallet som har sørget for denne innarbeidingen, må det være i samsvar med alminnelige tanker om konsekvent opptreden, altså et sentralt synspunkt i konsekvensialistisk moralfilosofi, å innrette seg etter en moralregel av samme innhold som min grunnantakelse. Pettit 1993 har gitt en pregnant definisjon av den velkjente konsekvensialismeposisjonen i moralfilosofien som jeg her kan påberope meg til støtte for dette synet:

«Consequentialism is the view that whatever values an individual or institutional agent adopts, the proper response to those values is to promote them. ...» (Pettit 1993 s 231 nestsiste avsnitt.)

Dermed har jeg naturligvis ikke uttalt at konsekvensialisme, slik denne typisk hevdes av utilitarisme-tilhengere, generelt er egnet som forsvar av min grunnantakelse. Jeg syns det er vanskelig overhodet å se gode moralfilosofiske argumenter for å motarbeide rettsregler rettslig, som man moralsk er for. Dersom man heller ikke støtter de internasjonale menneskerettighetene moralsk, er innvendingen mot min grunnantakelse feilplassert i dette avsnittet – da hører den hjemme i avsnitt (1.1) foran.

Denne innvendingen mot min grunnantakelse hviler mao etter min mening på et spinkelt grunnlag.

(2) Rettslige innvendinger

(2.1) Grunnantakelsen er potensielt uforenlig både med lojalitet mot lovgiver og med lojalitet mot Høyesterett

Mot min grunnantakelse om at en rettsavgjørelse som ikke er forenlig med de internasjonale menneskerettighetene eller ikke fremmer gjennomføringen av dem, ikke kan regnes som gjeldende rett, kan man innvende at den potensielt er uforenlig både med lojalitet mot lovgiver og med lojalitet mot Høyesterett. Dersom Stortinget skulle komme til å vedta en lovbestemmelse som uttrykkelig eller forutsetningsvis fastsetter at dens menneskerettsstridige innhold skal etterleves, trass i Mrl § 3, kan det mot mitt syn hevdes at rettsanvendere da må bøye seg for dette standpunktet, av respekt for det forhold at det er Stortinget som gir lovene i Norge. Og videre kan det hevdes at dersom Høyesterett skulle innta et klart diskutabelt tolkingsstandpunkt om forenligheten av internretten og våre menneskerettslige forpliktelser, følger det like fullt av instansordningen i rettsordningen at andre rettsanvendere da i utgangspunktet må bøye seg for denne tolkningen.

Jeg vil ikke bestride at min grunnantakelse potensielt innebærer en uforenlighet som beskrevet, men en slik uforenlighet er nettopp grunnantakelsens intenderte moralfilosofiske kjerne. Så lenge både Stortinget og Høyesterett tolker Grl § 110 c(1) på en *menneskerettsfremmende* måte, jf avsnitt 3.3.1(8.1.1) foran, vil det imidlertid ikke oppstå noen motstrid mellom rett

og moral her. Heller ikke ville min grunnantakelse komme under press, dersom Stortinget skulle gi en lovbestemmelse som strir mot Mrl § 3, forutsatt at Høyesterett setter lovbestemmelsen til side. Men dersom Høyesterett skulle bøye seg for lovgiverviljen i en slik situasjon, eller ellers på eget initiativ skulle blåse nytt liv i klarhets- eller slingringsmonndoktrinen (se avsnitt (9.1) og (9.2) foran), eller på liknende måte stake ut en *menneskerettshemmende* linje for sine rettsavgjørelser, ville andre rettsanvendere og aktører i rettslivet etter min grunnantakelse ha en moralsk plikt til ikke å bøye seg for denne linjen. Og så måtte man bare håpe på bedre tider i rettslivet.

(2.2) *Grunnantakelsen vil undergrave den norske rettsordningens sjølstendighet og medføre økt «rettsliggjøring»*

Mot min grunnantakelse kan man videre innvende at den vil (i) undergrave den norske rettsordningens sjølstendighet og (ii) medføre økt «rettsliggjøring», altså at politiske stridsspørsmål omdefineres til rettslige stridsspørsmål. Slike innvendinger sto sentralt i den generelle kritikk som flertallet på tre av fem medlemmer i forskergruppa til Makt- og demokratiutredningen, NOU 2003: 19, rettet mot de internasjonale menneskerettighetenes, EF-rettens og den velferdsrettslige individuelle rettighetstenkningens økte gjennomslag i Norge ut over 1990-tallet.

Flertallet besto av lederen Øivind Østerud, Fredrik Engelstad og Per Selle. Mindretallet besto av Hege Skjeie og Siri Meyer, som ga hver sine særuttalelser.

Skjeies særuttalelse (s 74–87 avsnitt 14.2) forsvarte de internasjonale menneskerettighetenes økte gjennomslag i Norge. Hennes særuttalelse er etter min mening godt forenlig med min grunnantakelse, og behandles derfor ikke nærmere i fortsettelsen.

Meyer konfronterte i sin særuttalelse (s 62–74 avsnitt 14.1) flertallet, som alle er samfunnsvitere, med en humanistisk forståelseshorisont, og i likhet med Skjeie endte hun ikke opp med noen slik kritikk mot «rettsliggjøring» som flertallet målbar. Også Meyers særuttalelse forbigår jeg derfor i fortsettelsen.

(i) Når det gjelder den første innvendingen⁴⁸⁹ er jeg enig i at grunnantakelsen vil gi mindre spillerom for lovgivning eller rettsanvendelse som enten subjektivt tar sikte på, eller objektivt innebærer, illojal beklipping av Norges traktatmessige forpliktelser i henhold til de internasjonale menneskerettighetene. En slik innsnevring av menneskerettighetshemmende lovgivning eller rettspraksis er nettopp det verdimeslige siktemålet med grunnantakelsen. Denne innvendingen, som i formen framtrer som rettslig, er først og fremst en moralsk innvending mot grunnantakelsen, basert på det verdisyn at det norske demokratiet fremmes best dersom Stortinget qua lovgiver *ikke* er bundet av skrankene til de internasjonale menneskerettsinstrumentene

⁴⁸⁹ Se f.eks. NOU 2003: 19 s 12 andre sp siste avsnitt: «... Den overnasjonale rettsliggjøringen gir enkeltpersoner økt adgang til å fremme sine interesser gjennom rettsapparatet, mens det representative demokratiets lovgivningsmyndighet blir svekket. ...»

som Norge (med samtykke fra Stortinget etter Grl § 26(2)) har sluttet seg til.

Innvendingen snubler etter min mening allerede i utgangspunktet. Når Stortinget først har gitt samtykke til å binde sin egen lovgivningsmyndighet, og for menneskerettighetenes del gjennom Grl 110 c har bundet seg til å respektere og sikre deres etterlevelse så langt norsk jurisdiksjon strekker seg, kan man ikke etterpå hevde at disse båndene på lovgiversjølstendigheten er skadelige eller av andre grunner negative. De som mener at menneskerettslige skranker for lovgivende og dømmende myndighet ikke er av det gode, bør hevde det rett ut – og arbeide for Norges løsrivelse fra disse forpliktelsene⁴⁹⁰ – istedenfor å komme trekkende med stråmenn som at de internasjonale menneskerettighetene undergraver Norges sjølstendighet, eller liknende.

(ii) Også den andre innvendingen⁴⁹¹ vil jeg imøtegå på samme måte som under pkt (i) foran: Det er riktig at grunnantakelsen vil innebære at menneskerettsfremmende tolkninger favoriseres i rettstvister, men et slikt resultat reflekterer et klart, og tilsiktet, verdivalg i favør av individuelt rettighetsvern. Rettsliggjøringsargumentet bygger på den verdipremiss at individrettigheter ikke skal kunne legge bånd på Stortingets flertallsmakt, og er dermed først og fremst en moralsk (eller politisk) innvending mot min grunnantakelse. Denne moralske innvendingen bygger nærmere bestemt på en reduksjonistisk sidestilling av demokrati og flertallsstyre, dvs at man som demokratiteoretiker fornekter at flertallsbeslutninger ikke alltid kan eliminere behovet for å etablere og verne om individuelle rettigheter.

På den andre siden er det viktig å ta høyde for at Makt- og demokratiutredningen hadde demokratiets tilstand som sitt primærfokus, mens jeg har moralfilosofisk fokus på menneskerettsutviklingen i Norge. Det er en forskjell som man ikke kan knipse bort.

(2.3) *Grunnantakelsen vil undergrave skillet mellom «soft law» og rettslige forpliktelser i menneskeretten*

Mot min grunnantakelse kan man også innvende at den vil undergrave skillet mellom «soft law» og rettslige forpliktelser i menneskeretten, dvs at en for aktivistisk legalstrategi (aktiv fremmelse av gjennomføringen av de internasjonale menneskerettene) vil være kontraproduktiv, fordi den kan ska-

⁴⁹⁰ Som politisk prosjekt kan slike tanker naturligvis ikke forsverges å få flertallstilslutning i noe land, men folkerettslig vil en slik nasjonal utaktgange være dødfødt, se avsnitt 3.3.1(8.2) foran, iallfall så lenge slike tanker ikke sprer seg til de mektigste statene i verden, og snur dagens folkerettssedvane på hodet.

⁴⁹¹ Se f.eks. NOU 2003: 19 s 14 andre sp nestsiste avsnitt: «... Når stadig flere livs- og samfunnsområder blir *rettighetsfestet* gjennom grunnloven eller ved at internasjonale traktater inkorporeres i nasjonal rett, blir folkevalgte organers handlingsrom redusert. Tolkingsmakt og avveining mellom motstridende rettigheter blir overført til rettsvesen og domstoler.»

pe usikkerhet om hva som virkelig er gjeldende menneskerettslige forpliktelser.

En slik kritikk syns jeg ikke har mye for seg: Det er mitt syn at rettsanvendere prinsipielt har det samme tolkingsspillerommet i forhold til folkerettslige regler som i forhold til internrettslige regler her i Norge – og at den fortsatt rådende «tekstbundne» tolkningstradisjonen blant norske folkeretts eksperter reflekterer en forfeilet strategi for å innhegne det institusjonaliserte «makt er rett»-regimet i FNs sikkerhetsråd. Betydelig og klar støtte for et slikt syn på tolkingsspillerommet i folkeretten har jeg funnet hos nordamerikaneren Stephen M. Schwebel, ICJ-justitiarius 1997–2000, som i 1996 (mens han «bare» var visejustitiarius) publiserte artikkelen «May Preparatory Work be Used to Correct Rather than Conform the “Clear” Meaning of a Treaty Provision?». Her snudde Schwebel opp ned på den tilvante tolkingen av Traktatrettskonvensjonen 1969 art 32, etter min mening helt i pakt med de beste norske tradisjoner for tolking av internrettslige tekster.⁴⁹²

Følgelig er det all grunn for menneskerettsaktivister å slåss aktivt for en mest mulig sømløs overgang mellom «soft law» og «gjeldende» menneskerettslige regler. Som ved internrettslige stridsspørsmål forefinnes sømmene sjelden i de aktuelle regelverkene; det er i praktikernes (og særlig folkerettsjuristenes) hoder at slike sømmer rett som det er antar grovkveilete dimensjoner.

Soft law-argumentet kan også formuleres som ledd i et forsvar for en aktiv bruk av Høyesteretts forsiktighetsdoktrine, jf avsnitt 3.3.1(9.1) foran, særlig sett i lys av Høyesteretts argumentasjon i Dar-saken, Rt 2008 s 513. Forsiktighetsdoktrinens livskraft framstår for tida som et usikkerhetsmoment i høyesterettspraksis. Som rettslig argument tilfører soft law-argumentet etter min mening intet nytt til striden om avveiningen mellom aktivisme og baktunghet i menneskerettsutviklingen på den nasjonale arena.

3.3.4 Samlende synspunkter

Jeg har formulert, begrunnet og forsvart en grunnantakelse om at en rettsavgjørelse som (i) ikke er forenlig med de internasjonale menneskerettighetene eller (ii) ikke fremmer gjennomføringen av dem, ikke kan regnes som gjeldende rett. Når det gjelder min tredje problemstilling i avsnitt 3.1.3(1) foran (om plausibiliteten av det standpunktet at innarbeidingen av de internasjonale menneskerettighetene i norsk rett *ikke* skulle være forankret i en moralsk stillingtaking til fordel for disse rettighetene, med den konsekvens at inkorporasjonen ikke har betydning for spørsmålet om å oppstille en

⁴⁹² Jeg har i en annen sammenheng (Berg 2001) hevdet at norske jusstudenter i alt for mange år har måttet lære seg folkerett uten å bli fortalt at det fins mer enn én folkerettslig argumentasjonsteori (metode), og at folkerettslige metodediskusjoner i andre stater har vært minst like intense som rettskildelærediskusjoner hos oss.

moralsk plikt til å legge avgjørende vekt på den løsning av et tvistesporsmål som er forenlig med menneskerettighetene), vil jeg konkludere at det ikke foreligger holdepunkter for at innarbeidingen av menneskerettighetene har vært ledsaget av noe moralsk forbehold mot dem («av politiske grunner sier vi ja, men moralsk er vi imot» eller liknende argumentasjon), se avsnitt 3.3.1(8) foran. Sammenholdt med sammenfatningen i avsnitt 3.2.5 ovenfor om separasjonstesens spinkle status som gjeldende rett framstår dermed de faktiske rettslige realitetene når det gjelder innarbeidingen av menneskerettighetene i seg sjøl som et ikke ubetydelig moralsk argument til støtte for min grunnantakelse.

Når det gjelder min fjerde problemstilling i avsnitt 3.1.3(1) ovenfor (om mulighetene for rasjonell moralfilosofisk begrunnelse av min grunnantakelse), vil jeg konkludere med at grunnantakelsen kan forankres på tre alternative moralfilosofiske grunnlag (foruten de moralske føringene fra gjeldende rett, nevnt rett ovenfor), nemlig:

- (i) med grunnlag i en universalistisk moralposisjon om hvert enkelt menneskes iboende verdighet og menneskeverdets ukrenkelighet (avsnitt 3.3.1(4) ovenfor),
- (ii) med grunnlag i Amartya Sens teori om rettigheter som mulighetsbetingelser for handling (avsnitt 3.3.1(5) ovenfor), eller
- (iii) med grunnlag i allmennmoralen (avsnitt 3.3.1(6) ovenfor).

I konfrontasjonsavsnittet innrømmet jeg at de tre alternative moralfilosofiposisjonene jeg har forankret min grunnantakelse i, ikke er hevet over diskusjon – og følgelig at den moralfilosofiske forankringen av grunnantakelsen står og faller med tilslutning til minst én av de tre posisjonene, eller til en alternativ moralfilosofisk plattform. Videre framkom det at grunnantakelsen innebærer en plikt for rettsanvendere til å være «illojal» mot (hypotetisk) menneskerettshemmende lovgivning eller høyesterettspraksis.

Kapittel 4. Veien videre

I denne avhandlingen har jeg formulert, begrunnet og forsvart følgende fire grunnantakelser som adresserer grunnproblemer i norsk rettsvitenskap. De to vitenskapsteoretiske grunnantakelsene lyder slik:

- Den metodologiske vitenskapelighetsnormen for rettsvitenskapelig forskning må formuleres som et krav om (i) analytisk sjølstendighet og argumentativt etterprøvable holdbarhet i forhold til oppnådde resultater, og (ii) tilstrekkelig beherskelse av forskningsmetode og forskningsteori
- Det overordnede forskningsidealet for rettsvitenskapere må være å utøve verdi- og argumenttransparent forskningsaktivitet, det vil si å tydeliggjøre (i) verdimeslige forutsetninger, verdivalg og verdievaluerende synspunkter, og (ii) normforeskrivende elementer, i alle ytringer om gjeldende rett og den juridiske argumentasjonsteorien.

De to moralfilosofiske grunnantakelsene lyder slik:

- Grunnantakelse om *formell* sammenheng mellom rett og moral: En urimelig (urettferdig) avgjørelse av et rettsspørsmål kan ikke regnes som gjeldende rett
- Grunnantakelse om *materiell* sammenheng mellom rett og moral: En rettsavgjørelse som (i) ikke er forenlig med de internasjonale menneskerettighetene eller (ii) ikke fremmer gjennomføringen av dem, kan ikke regnes som gjeldende rett.

Med dette arbeidet håper jeg å ha bidratt til å åpne dører til et nytt, og hittil lite behandlet, felt av den allmenne rettsteorien, og at andre rettsvitenskaper vil bli inspirert til å flytte forskningsfronten ytterligere noen hakk framover. Jeg har også et håp om at arbeidet vil bidra til at forskere i Norge utenfor kretsen av rettsvitenskaper lettere vil forstå at grensene mellom rettsvitenskap, vitenskapsteori og moralfilosofi ofte fungerer som stengsler for fruktbare utvekslinger over tradisjonsforankrete faggrenser – og dermed i større grad enn hittil engasjere seg i forskningsspørsmål som hittil har vært overlatt til rettsteoretikerne.

Jeg har også et håp om at denne avhandlingen vil kunne bidra til å modifisere det som iallfall til langt ut på 1990-tallet var en meget synlig linje på Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo når det gjelder tilnærmingen til allment rettsteoretiske grunnproblemer i ellers rettsdogmatisk forankrete arbeider. Denne linjen innebærer at slike spørsmål enten ikke tas opp, eller at forfatterne nøyer seg med å uttale at man anvender «vanlig metode», at «analysene får tale for seg», eller liknende utsagn. Geir Stenseths avhandling «Almenningens janusansikt» fra 2005 framstår her som et unntak som burde kunne innvarsle et trendsifte, gjennom en ganske bredt anlagt rettssteoretisk redegjørelse for eiendomsbegrepets idéhistorie med startpunkt hos Hume og Kant og slutt punkt hos de skandinaviske rettsrealistene, herunder «begrepstømmerne» Ross og Brækhus. Men andre *doctores in spe* har nok

merket seg den lunkne mottakelsen som denne delen av arbeidet fikk hos bedømmelseskomiteen.

Blant de uløste grunnproblemene i norsk rettsvitenskap vil jeg kort angi noe om tre av dem, henholdsvis erkjennelsesteoretiske, ontologiske og beslutningsteoretiske spørsmål:

(i) *Erkjennelsesteoretiske grunnproblemer:* En oppgivelse av det domstolspraksisbeskrivende vitenskapsidealet for rettsvitenskapen utløser et behov for gjenåpning av erkjennelsesteoretisk debatt i rettsvitenskapen. Dette innebærer bl.a. å ta stilling til hva striden mellom realisme- og anti-realisme-posisjoner ellers i vitenskapssamfunnet betyr for rettsvitenskapen. Først og fremst sikter jeg da til behovet for å drøfte spørsmålet om rettsanvenderne alltid bare *finner* en allerede eksisterende rett, eller om domstolene alltid er *rettsskapende* i erkjennelsesteoretisk perspektiv, også i de alminnelige sakene hvor de bare opprettholder tidligere befestet praksis.

Trass i at erkjennelsesteoretiske spørsmål har stått sentralt i vitenskapsteorien, blant filosofer og i mange vitenskapsdisipliner etter andre verdenskrig, har dette emneområdet lenge vært nedprioritert i norsk rettsvitenskap – også i rettsteorien. Etter hvert som den skandinaviske rettsrealismens syn på hva som var meningsfylt vitenskapelig aktivitet slo gjennom, kokte det erkjennelsesteoretiske spørsmålet om hva man kan ha sann, begrunnet tro på (overbevisning om) i rettsvitenskapen, ned til et spørsmål om å ha kjennskap til relevant høyesterettspraksis om det aktuelle spørsmålet.

Eckhoffs dagligspråklige beskrivelse av domstolenes rettsskapende rolle (Eckhoff 1971b s 176–96⁴⁹³) har også på pragmatisk grunnlag lenge hatt solid rotfeste i norsk rettsvitenskap. Carsten Smiths formulering på 1990-tallet om at mens lovgiver er rettsskapende *en gros*, er domstolene det *i detalj*, er en elegant nyansering – fra synsvinkelen til en høyesterettsjustitiarius – av det samme synet på domstolenes rettsskapende rolle (C. Smith 1996a s 43 femte avsnitt). Men trass i at «konstruktivisme» i flere tiår har vært en motebetegnelse i human- og samfunnsvitenskapenes erkjennelsesteoretiske debatter, har ennå ikke et nevneverdig antall norske rettsvitenskapere dristet seg til å hevde at domstolenes rettsavgjørelser – eller iallfall de mest nyskapende blant dem – må regnes som erkjennelsesmessige *konstruksjoner* av en rettslig virkelighet.

I human- og samfunnsvitenskapene har det i hele det 20. århundre, bl.a. under tung innflytelse fra arven etter Kant og Weber, nærmest vært «opplest og vedtatt» at det er en erkjennelsesmessig avgrunn når det gjelder mulighetene for å erkjenne henholdsvis fakta og verdier. Verdiene kunne verken erkjennes eller drøftes rasjonelt. Dette standpunktet har i særlig grad vært befestet i de nordiske lands rettsvitenskap, gjennom den helt dominerende innflytelsen fra den skandinaviske rettsrealismen, som i Norge grovt

⁴⁹³ Overveiende likedan i Eckhoff 1987a (s 164–83); og Eckhoff 1993 (s 164–83); uendret i Eckhoff og Helgesen 2001 (s 192–213).

sett slo gjennom ut på 1950-tallet, og som i tilslutning til Axel Hägerströms emotivistiske moralfilosofi hevdet at alle verdioppfatninger var følelsesutbrudd uten kognitiv (erkjennelsesmessig) mening.

Ross og Eckhoff formulerte hver på sin måte et program for separasjon av erkjennelsesspørsmål (kunnskapsspørsmål) og vurderingsspørsmål i rettsvitenskapernes forskning og praktisk rettsanvendelse som fikk stor gjennomslagskraft – og som rettsvitenskapere i Norge fortsatt trolig anser for overveiende velfundert. Den svenske rettsvitenskaperen Nils Jareborg sendte imidlertid allerede med sitt arbeid «Värderingar» (1975 særlig s 222 flg) en «torpedo» mot den oppfatning at fakta og verdier (herunder vurderinger) har forskjellig erkjennelsesmessig status, og at vurderinger ikke i samme utstrekning som fakta kan begrunnes rasjonelt. Ettersom Jareborgs «torpedo» hittil ikke har skapt bølger i norsk rettsteoretisk debatt, er det behov for å gripe fatt i spørsmålet på ny.

(ii) *Ontologiske grunnproblemer:* Ytterligere utløser en oppgivelse av det domstolspraksisbeskrivende vitenskapsidealet for rettsvitenskapen et behov for å gjenåpne den ontologiske debatten, noe som essensielt innebærer å drøfte spørsmålet om hva retten er, mot den bakgrunn at man ikke lenger slår seg til ro med at retten er den komplette samlingen av høyesterettspraksis.

Fruktbarheten av å rubrisere menneskeskapte institusjoner og bevissthetstilstander (mentale fakta) som noe værende, trass i at denne eksistensen har en annen karakter enn eksistensen av fysiske ting, har vært hevdet med styrke av en rekke språkfilosofier og samfunnsvitere de siste 30–40 åra. Som filosofisk posisjon betegnes dette standpunktet vanligvis som «konvensjonalisme», og ble forfektet så tidlig som av Hume. Under merkelappen «institusjonell teori» fikk denne posisjonen på 1980-tallet en kjent avlegger i europeisk rettsvitenskap, gjennom skotten Neil MacCormick og østerrikeren Ota Weinbergers «An Institutional Theory of Law : New Approaches to Legal Positivism» (1986). Spørsmålet som kan reises er altså om det virkelig forholder seg slik som det lenge har vært hevdet i norsk rettsteori, at rettsbegrepene ikke eksisterer (ikke har noen substans), eller om det er mer fruktbart for forståelsen av begrepet 'gjeldende rett' å hevde at rettsbegrepenes eksistens (substans) er av en annen art, nemlig som 'institusjonelle fakta'.

(iii) *Beslutningsteoretiske grunnproblemer:* Et siste grunnproblem jeg vil skissere er spørsmålet om beslutningsteoretiske, og dermed handlingsfilosofiske spørsmåls betydning under rettsanvendelsesprosessen. Den avgjørelsesmessige siden ved rettsanvendelsen har riktignok vært adressert i norsk rettsteori gjennom størsteparten av det 20. århundre, men med vekslende intensjonsdybde. Bl.a. har *Astrup Hoel* 1925, *Aarbakke* 1965, *Graver* 1986, *Eng* 1998 og *Bernt* 2002 behandlet slike spørsmål. Likevel synes spørsmålet om rettsvitenskapere kan hente fruktbare impulser fra det som

tradisjonelt betegnes som beslutningsteori⁴⁹⁴, når det gjelder forståelsen av rettsavgjørelses beslutningsmessige sider, hittil bare i liten grad å ha vært reist i norsk rettsvitenskap. Her vil også den delen av språkfilosofien som er kjent som talehandlingsteorien, med J. L. Austin og John R. Searle som sentrale navn, kunne bidra med forskningsimpulser.

*

I artikkelen «Er normativ politisk teori død i Norden? Diagnose og prognose», stilte Andreas Føllesdal for noen år siden flere betimelige spørsmål om framtidsutsiktene for normativ politisk teori fra et blandet filosofisk, statsvitenskapelig og rettsvitenskapelig ståsted. Han skisserte et program for revitalisering av slik teori, som bl.a. innebærer en presisering av at slik teori bare er vitenskapelig for så vidt den oppfyller «idealene om klarhet og presisjon vedrørende premisser og argumentasjon, på grunnlag av en vennlig rekonstruksjon av alternative oppfatninger» (2003a nestsiste avsnitt). Med troen på at et slikt vitenskapelighetsideal også er oppfylt i dette arbeidet, setter jeg med dette sluttstrek.

⁴⁹⁴ Se f.eks. Baune 1993 (s 145–70) eller Føllesdal og Walloe 2000 (s 256–62). Ut fra disse framstillingene er det iøynefallende at de betraktningene som i Eckhoffs «Rettskildelære» (2001 s 387 pkt 4) knyttes til såkalt «virkningsorienterte vurderinger», altså én blant flere av de såkalte godhetsvurderingene (reelle hensyn), tilhører et kjernefelt i beslutningsteorien.

Registre

1 Ordforkortelser og kortnavn på lover, konvensjoner, tidsskrifter og utredninger mv

<i>Arr</i>	<i>Arr</i> : <i>idéhistorisk tidsskrift</i> , Oslo: Universitetet i Oslo, Institutt for idé- og kunsthistorie og klassiske språk, 1989–, ISSN 0802-7005
<i>ARSP</i>	<i>Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie</i> [tidsskrift], Stuttgart: Franz Steiner Verlag 1907–, ISSN 0177-1094
art	artikkel
BK	Convention on the Rights of the Child 20.11.1989, (FNs konvensjon om barnets rettigheter), 1577 UNTS 3, i kraft 2.9.1990, for Norge 8.1.1991
EFT L	De Europæiske Fællesskabers Tidende [EF-Tidende] – Retsforskrifter, Brussel: EU-kommisjonen, 1957–2003 L 26, ISSN 0378-6994, [fortsetter som EUT L fra 2003 L 27]
El	Lov 4.7.1991 nr 47 om ekteskap
EMD	Den Europeiske Menneskerettsdomstol [The European Court of Human Rights], Strasbourg [se EMK]
EMK	Den Europeiske Menneskerettskonvensjon [Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, ETS No 5] 4.11.1950. I kraft i seg sjøl og for Norge 3.9.1953
Europarådets personopplysningskonvensjon	Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data, 28.1.1981, ETS No 108. I kraft i seg sjøl og for Norge 1.10.1985. Overenskomster med fremmede stater 1985 s 1420–43
EUs personopplysnings retningslinje	Europa-parlamentet og Rådets [retningslinje] 24.10.1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger, (95/46/EF), EFT L 281/31 23.11.1995
Forvaltningsloven	Lov 10.2.1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
Forvaltningslovutredningen 1958	Innstilling fra «Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning (Forvaltningskomiteen), avgitt 13.3.1958
Ftrl	Lov 28.2.1997 nr 19 om folketrygd (folketrygdloven)
Fvl	Lov 10.2.1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
Grl	Kongeriget Norges Grundlov 17.5.1814
<i>Harv. L. Rev.</i>	<i>Harvard Law Review</i> , [tidsskrift], Cambridge, Mass.: The Harvard Law Review Association, 1888–89–, ISSN 0017-811x
ICJ	The International Court of Justice, Haag
Innst O	Innstilling til Odelstinget
Innst S	Innstilling til Stortinget

JD	Justisdepartementet
JFT	Tidsskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland, Helsingfors: Juridiska föreningen i Finland, 1865–, ISSN 0040-6953
JT	Juridisk Tidsskrift vid Stockholms universitet, Stockholm: Jure AB, 1989–, ISSN 1100-7761
<i>Juristen</i>	<i>Juristen</i> , [tidsskrift], København: Danmarks Jurist- og Økonomforbund, 1919–, ISSN 0107-699x
<i>JV</i>	<i>Jussens Venner</i> , [tidsskrift], Oslo: Universitetsforlaget, 1966–, ISSN 0022-6971
<i>KJ</i>	<i>Kritisk Juss</i> , [tidsskrift], Oslo: Rettspolitisk Forening / Bergen: Fagbokforlaget ⁴⁹⁵ , 1974–, ISSN 0804-7375
KMU	Høyesteretts kjæremålsutvalg
<i>LoR</i>	<i>Lov og Rett</i> , [tidsskrift], Oslo: Universitetsforlaget, 1962–, ISSN 0024-6980
<i>Lov & Data</i>	<i>Lov & Data : Tidsskrift for rettsinformatikk</i> , Oslo: Stiftelsen Lovdata, 1984–, ISSN 0800-7853
Lund-rapporten	Dokument nr 15 (1995–96) Rapport til Stortinget fra kommisjonen som ble nedsatt av Stortinget for å granske påstander om ulovlig overvåkning av norske borgere (Lund-rapporten)
MRK	Den europeiske menneskerettskomisjon, Strasbourg (The European Commission of Human Rights), [se EMK]
Mrl	Lov 21.5.1999 nr 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
<i>M&r</i>	<i>Mennesker & rettigheter</i> , [tidsskrift], Oslo: Universitetsforlaget, 1983–2003, ISSN 0800-0735 [fortsetter fom 2004 som <i>Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter</i> , Oslo: Universitetsforlaget, ISSN 1503-6480]
<i>NAT</i>	<i>Nordisk Administrativ Tidsskrift</i> , København: Nordisk Administrativt Forbund, 1920–, ISSN 0029-1285
<i>NFT</i>	Norsk Filosofisk Tidsskrift, Oslo: Universitetsforlaget, 1966–, ISSN 0029-1943
<i>NJIL</i>	<i>Nordic Journal of International Law</i> , [tidsskrift], Haag: Kluwer Law International, 1937–, ISSN 0902-7351
<i>NJW</i>	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i> , [tidsskrift], München: C. H. Beck, 1947–, ISSN 0341-1915
NOU	Norges Offentlige Utredninger, Oslo 1972–, ISSN 0333-2306
<i>NT/K</i>	<i>Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskap</i> , København: De nordiske kriminalistforeninger, 1914–, ISSN 0029-1528
Offvl	Lov 19.6.1970 nr 69 om offentlighet i forvaltningen [offentlighetsloven]
oppl	opplag
Ot prp	Odelstingsproposisjon
pkt	punkt
Pol	Lov 14.4.2000 nr 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)
<i>Ratio Juris</i>	<i>Ratio Juris</i> , [tidsskrift], Oxford: Blackwell Publishers, 1988–, ISSN 0952-1917
<i>Retfærd</i>	<i>Retfærd</i> , [tidsskrift], København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag ⁴⁹⁶ , 1978–, ISSN 0105-1121

⁴⁹⁵ Fra og med 2004-årgangen.

<i>RJD</i>	<i>Reports of Judgments and Decisions</i> , [offisiell publikasjon over dommer fra EMD], Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1996–, ISSN 1682-7449
Rt	Norsk Retstidende [samling av norske høyesterettsdommer], Oslo: Den Norske Advokatforening, 1836–, ISSN 0029-2060
sp	spalte
SP	International Covenant on Civil and Political Rights, 16.12.1966 (FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter), 999 UNTS 171, 172(E), 187(F), ratifisert av Norge 13.9.1972, i kraft 23.3.1976
SR	<i>Skatterett</i> , [tidsskrift], Oslo: Universitetsforlaget, 1982–, ISSN 0333-2810
St prp	Stortingsproposisjon
<i>SvJT</i>	<i>Svensk Juristtidning</i> , [tidsskrift], Uppsala: Iustus, 1916–, ISSN 0039-6591
<i>TjR</i>	<i>Tidsskrift for Rettsvitenskap</i> , Oslo: Universitetsforlaget, 1888–, ISSN 0040-7143
<i>Tidende O</i>	Stortingsforhandlinger [stenografisk utskrift av forhandlingene i Odelstinget], Oslo: Stortinget, 1814–, ISSN 7804-1384, 0801-1737
<i>Tidende S</i>	Stortingsforhandlinger [stenografisk utskrift av forhandlingene i Stortinget], Oslo: Stortinget, 1814–, ISSN 7804-1384, 0801-1737
Traktatrettskonvensjonen 1969	Vienna Convention on the Law of Treaties, 23.5.1969, 1155 UNTS 331, 332 (e), 354 (f) [ikke ratifisert av Norge]
Tvangsl 1915	Lov om tvangsfullbyrdelse 13.8.1915 nr 7 – opphevet ved Tvangsfullbyrdelsesloven 26.6.1992 nr 86
<i>UfR</i>	<i>Ugeskrift for Retsvæsen</i> , [tidsskrift], København: GAD, 1866–, ISSN 0108-2353 [Todelt domssamling og juridisk tidsskrift, som pagineres hver for seg, og betegnes med henholdsvis A og B etter årstallsangivelsen]
UNTS	United Nations Treaties Series
utg	utgave
VE	Verdenserklæringen om menneskerettigheter, Universal Declaration of Human Rights 10.12.1948
ØSK	International Covenant on Economic, social and Cultural Rights, 16.12.1966 (FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter), 993 UNTS 3, ratifisert av Norge 13.9.1972, i kraft 3.1.1976

⁴⁹⁶ Fra og med 2002-årgangen.

2 Litteraturhenvisninger⁴⁹⁷

Henvisninger oppført alfabetisk etter benyttet forkortelse *Det henviste arbeids fulle tittel mv*

- Aarnio, Aulis 1977 *On legal reasoning*, Turku: Turun Yliopisto, ISBN 951-641-462-1
- Aarnio, Aulis 1981 On the Paradigm Articulation in Legal Research, i: *Zum Fortschritt von Theorie und Technik in Recht und Ethik* / redigert av Ilmar Tammelo og A. Aarnio, s 45–56, i serien «Rechtstheorie», Beiheft 3, Berlin: Duncker & Humblot, ISBN 3-428-04963-2
- Aarnio, Aulis 1997 *Reason and Authority : A treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, Aldershot: Dartmouth Publishing Company, ISBN 1-85521-933-6
- Albert, Hans 1980 *Traktat über Kritische Vernunft*, 4. utg, Tübingen: Mohr, ISBN 3-16-942761-X
- Alexy, Robert 1989 On Necessary Relations Between Law and Morality, i: *Ratio Juris* 1989 (2) s 167–83
- Alexy, Robert 1991 *Theorie der juristischen Argumentation : Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 2. utg [1. utg. utkom i 1978], Frankfurt am Main: Suhrkamp, ISBN 3-518-28036-8
- Alexy, Robert 1992 *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München: Verlag Karl Alber, ISBN 3-495-47729-2
- Alfreðsson, Gudmundur; Eide, Asbjørn (red) 1999 *The Universal Declaration of Human Rights : a common standard of achievement* / redigert av G. Alfreðsson og A. Eide, 2. utg, Haag: Nijhoff, ISBN 90-411-1168-9
- Andenæs, Johs. 1947 Domstolene og administrasjonen, i: *Rt* 1947 s 193–203
- Andenæs, Johs. 1974 *Alminnelig strafferett*, 2. utg, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-00-01363-4
- Andenæs, Johs. 1979 *Innføring i rettsstudiet*, 1. utg, Oslo: Grøndahl, ISBN 82-504-0367-3
- Andenæs, Johs. 1990 *Innføring i rettsstudiet*, 3. utg, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-504-1783-6
- Andenæs, Johs. 1994 *Straffen som problem*, Halden: Exil, ISBN 82-7556-002-0
- Andenæs, Johs. 1997 *Alminnelig strafferett*, 4. utg, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-00-22545-3
- Andenæs, Johs. 1998 *Statsforfatningen i Norge*, 8. utg, Oslo: Tano Aschehoug, ISBN 82-518-3647-6
- Andenæs, Johs. 2002 *Innføring i rettsstudiet*, 6. utg, Oslo: Cappelen Akademisk, ISBN 82-02-21838-1
- Andenæs, Kristian 1992 *Sosialomsorg i gode og onde dager*, Oslo: TANO, ISBN 82-518-3085-0
- Andenæs, Kristian 1994a Kvalitet og forståelse i rettsvitenskapen – absolutte eller perspektivavhengige begreper? i: *TfR* 1994 (107) s 482–89

⁴⁹⁷ Henvisninger til arbeider med mer enn én forfatter er her bare oppført ett sted, etter etternavnet til den forfatteren som er først oppført i vedkommende arbeid. I henvisninger til tidsskrifter benyttes forkortelsestermen. Denne er forklart i avsnitt 1. Ordforkortelser.

- Andenæs, Kristian 1994b Kritisk Juss: Hva nå? Fra Nils Kristian Sundbys opprør til etablerte sannheter : Foredrag på Rettspolitisk Forenings 20-årsjubileumsseminar 5. november 1994, i: *KJ* 1994 (21) s 247–66
- Andenæs, Mads Henry 1997 *Rettskildelære*, Oslo: Mads Henry Andenæs, ISBN 82-91064-11-3
- Andersen, Kristen 1972 Rettsvitenskap og metode : Synspunkter i tilknytning til de senere års meningsbrytninger i nordisk teori, [foredrag 21.5.1943, første gang trykt] i: *LoR* 1972 (11) s 435–49
- Anners, Erik 1983 *Den europeiske rettens historie*, [oversatt fra svensk av Svein Mogan, faglig bearbeiding av Gudmund Sandvik], Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-00-05483-3
- Aquinas, Thomas 2003 *Summa theologiae*, [oversatt fra latin til engelsk av Fathers of the English Dominican Province, opprinnelig utg 1269], nettversjon 2003 av 2. utg 1920, <www.newadvent.org>, sist besøkt 19.1.2005
- Aristoteles 1996 *Etikk : Et hovedverk i Aristoteles' filosofi, også kalt «Den nikomakiske etikk»*, [oversatt fra gresk og med innledning av Anfinn Stigen], 2. utg, Oslo: Gyldendal, ISBN 82-05-23845-6
- Arnholm, Carl Jacob 1959 Noen metodologiske betraktninger, i: Carl Jacob Arnholm: *Tredve år : Spredte juridiske arbeider*, s 9–27, [opprinnelig utg i 1952], Oslo: Johan Grundt Tanum
- Arnholm, Carl Jacob 1963 *Naturrecht, Widerstandsrecht und Widerstandspflicht*, i: *Festskrift til Frede Castberg i anledning hans 70. årsdag 4. juli 1963*, s 23–40, Oslo: Universitetsforlaget
- Arnold, Thurman W. 1962 *The Symbols of Government*, New York: Harcourt, Brace & World, [opprinnelig utg 1935]
- Asheim, Olav; Brede, Kolbein; Thommessen, Bjørn 2000 *Språk og argumentasjon*, 3. utg, 9. oppl, [1. oppl 1991], Oslo: Ad Notam Gyldendal, ISBN 82-05-20349-0
- Askeland, Bjarte 1999 Eckhoffs rettskildelære under press, i: *KJ* 1999 (26) s 115–28
- Askeland, Bjarte 2002 *Erstatningsrettslig identifikasjon*, Oslo: Cappelen Akademisk, ISBN 82-02-19854-2
- Aubert, Vilhelm 1964 *Likhet og rett*, Oslo: Pax
- Aubert, Vilhelm (red) 1972 *Lag, samhälle, individ : En antologi i rättssociologi* / redigert av Vilhelm Aubert, oversatt til svensk av Bertil Edin, Stockholm: Raben & sjögren, ISBN 91-29-45170-1
- Aubert, Vilhelm 1976 *Rettens sosiale funksjon*, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-00-01532-8
- Aubert, Vilhelm 1979 *Sociologi : 1. Sosialt samspill*, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-00-01856-3
- Aubert, Vilhelm 1982 *Rettssociologi*, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-00-06306-2
- Augdahl, Per 1949 *Forelesning over : Rettskilder*, 1. utg, Oslo: [eget forlag; i kommisjon hos Universitetets studentkontor]
- Augdahl, Per 1961 *Rettskilder*, 2. utg, Oslo: Aschehoug
- Augdahl, Per 1973 *Rettskilder*, 3. utg, Oslo: Aschehoug, ISBN 82-03-05657-1
- Austin, John 1995 *The Province of Jurisprudence Determined* / redigert av Wilfrid E. Rumble, [opprinnelig utg 1832], Cambridge: Cambridge University Press, ISBN 0-521-44756-9

- Bach, Kent 2006 Speech Acts and Pragmatics, i: *The Blackwell Guide to the : Philosophy of Language* / redigert av Michael Devitt og Richard Hanley, kapittel 8 s 147–67, Oxford: Blackwell Publishing, ISBN 978-0-631-23142-4
- Backer, Finn 1997 Den amerikanske høyesterett som påvirkningskilde – også hos oss? i: *Ånd og rett : Festskrift til Birger Stuevold Lassen* / redigert av Viggo Hagstrøm, Peter Lødrup og Magnus Aarbakke, s 79–85, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-00-12697-8
- Backer, Finn 2002 «The Preferred Position Principle» i amerikansk og norsk rett, i: *Rettsteori og rettsliv : Festskrift til Carsten Smith til 70-årsdagen 13. juli 2002* / redigert av Peter Lødrup, Steinar Tjomsland, Magnus Aarbakke og Gunnar Aasland, s 29–41, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-15-00232-3
- Backer, Inge Lorange 1986 *Naturvern og naturinngrep : Forvaltningsrettslige styringsmidler*, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-00-18337-8
- Bankowski, Zenon m.fl. 1991 Bankowski, Z.; McCormick, D. Neil; Summers, Robert S.; Wróblewski, Jerzy: On Method and Methodology, i: *Interpreting Statutes : A Comparative Study* / redigert av D. Neil McCormick og Robert S. Summers, s 9–27, Aldershot: Dartmouth Publishing Company, ISBN 1-85521-183-1
- Baune, Øyvind 1993 *Språk, logikk og argumentasjonsteori*, 7. utgave, Oslo: [eget forlag] 1993, ISBN 82-90905-09-2
- Behrends, Okko m.fl. 1995 *Corpus Iuris Civilis : Text und Übersetzung, bind II, Digesten 1–10* / oversatt og utgitt at O. Behrends m fl, Heidelberg: C.F.Müller Juristischer Verlag 1995, ISBN 3-8114-9194-6
- Bentzon, Viggo 1905 *Retskilderne : Til brug ved forelæsninger*, Kjøbenhavn: G. E. C. Gad's Universitetsboghandel
- Berg, Jens Petter 1992 Skattereformen 1992 – en rettspolitisk og rettssosiologisk begivenhet, i: *Hefte for Kritisk Juss* 1992 (19) s 59–74
- Berg, Jens Petter 1994 Personbeskatningen av kapitalinntekter – en fordelingspolitisk utfordring, [leder], i: *Kritisk Juss* 1994 (21) s 158–59
- Berg, Jens Petter 1995 Null-skatt for rederne! [leder], i: *Kritisk Juss* 1995 (22) s 202
- Berg, Jens Petter 2000a Personopplysningsvern i et nytt årtusen – kritikk av personopplysningsvernproposisjonen, i: *KJ* 1999 (26) s 351–77
- Berg, Jens Petter 2000b Uskrevne, semikonstitusjonelle grunnrettigheter i rettsordningen : skisser til utfylling av den allmenne rettsteorien og den juridiske argumentasjonslæra, i: *KJ* 2000 (27) s 129–44
- Berg, Jens Petter 2000c Høyesteretts EMK-prosessrettslige klarhetsdoktriner – status etter tilleggsskatt=straffesiktelse-dommen, *Rt* 2000 s 996, i: *KJ* 2000 (27) s 261–78
- Berg, Jens Petter 2000d Nytt lys over striden mellom JD og UD om utformingen av menneskerettsloven § 3, i: *KJ* 2000 (27) s 343–50
- Berg, Jens Petter 2001 Terroristbekjempelse etter 11. september – folkerettslige og menneskerettslige spørsmål, i: *KJ* 2001 (28) s 223–42
- Berg, Paal 1950 Misbruk av rett og norsk rettspraksis, i: *Festskrift : tillägnad hans excellens riksmarskalken juris doktor Birger Ekeberg : den 10. augusti, 1950* / redigert av Svensk Juristtidning, s 84–97, Stockholm: Svensk Juristtidning

- Berger, Peter;
Luckmann, Thomas 1966 *The Social Construction of Reality : A Treatise in the Sociology of Knowledge*, London: Penguin Books, [oppretrykk 1991], ISBN 0-14-013548-0
- Bergo, Knut 2000 *Høyesteretts forarbeidsbruk*, Oslo: Cappelen Akademisk, ISBN 82-02-19826-7
- Bergo, Knut 2002 *Tekst og virkelighet i rettskildelæren*, Oslo: Cappelen Akademisk, ISBN 82-02-19822-4
- Bergsåker, Trygve 1980 Kontraktsrettslige generalklausuler, i: *JV* 1980 (15) s 133–60
- Bernt, Jan Fridthjof 1978 Utenforliggende hensyn som ugyldighetsgrunn : Et bidrag til læren om forvaltningens diskresjonære kompetanse, i: *TJR* 1978 (91) s 241–348
- Bernt, Jan Fridthjof 1984a Er jus vitenskap? i: *Objektivitetsproblemet i vitenskapene* / redigert av Gunnar Skirbekk, s 17–34, Bergen: Universitetet i Bergen, [i serie: Vitenskapsteoretisk forum nr 1], ISBN 82-7293-015-3
- Bernt, Jan Fridthjof 1984b Rettsikkerhet og ressursbruk i sosialomsorg og helsevern, i: J. F. Bernt, Harald Hove og Ørnulf Rasmussen: *Rettsikkerhet og ressursbruk i sosialomsorg og helsevern : fire innlegg på Det 30. nordiske juristmøtet, Oslo 15.-17. august 1984*, s 7–41, Bergen: Det juridiske fakultet, [i serie] nr 7, ISSN 0800-0840
- Bernt, Jan Fridthjof 1995 Rettsdogmatikkens metode og rettspolitikkenes muligheter, i: *KJ* 1995 (22) s 10–37
- Bernt, Jan Fridthjof 2002 Den dynamiske dimensjon i rettskildelæren, i: *Nybrott og odling : Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen, 3. april 2002* / redigert av Gudrun Holgersen, Kai Krüger og Kåre Lilleholt, s 259–72, Bergen: Fagbokforlaget, ISBN 82-7674-827-1
- Bernt, Jan Fridthjof 2004 Normativisme og pragmatisme i rettsvitenskapen, i: *JV* 2004 (39) s 61–73
- Bernt, Jan Fridthjof;
Doublet, David R. 1998 *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, Bergen: Fagbokforlaget, ISBN 82-7674-389-7
- Bernt, Jan Fridthjof;
Rasmussen, Ørnulf 2003 *Frihagens forvaltningsrett*, bind 1, Bergen: Fagbokforlaget & Forlaget A. Frihagen, ISBN 82-7674-830-9
- Bing, Jon 1982 *Rettslige kommunikasjonsprosesser : Bidrag til en generell teori*, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-00-06089-6
- Bjarup, Jes 1974 Retskildelære, i: *TJR* 1974 (87) s 145–74
- Björne, Lars 1991 *Nordisk rättskälslära : Studier i rättskälsläran på 1800-talet*, Lund: Institutet för rättshistorisk forskning, [i serien «Rättshistoriskt bibliotek» 46. bind], ISBN 91-85190-44-6
- Björne, Lars 1998 *Brytningstiden : Den nordiska rättsvetenskapens historia : Del II : 1815–1870*, Lund: Institutet för rättshistorisk forskning, [i serien «Rättshistoriskt bibliotek» 58. bind], ISBN 91-85190-61-6
- Björne, Lars 2002 *Den konstruktiva riktningen : Den nordiska rättsvetenskapens historia : Del III : 1871–1910*, Lund: Institutet för rättshistorisk forskning, [i serien «Rättshistoriskt bibliotek» 60. bind], ISBN 91-85190-67-5

- Blackwell Companions ...
Epistemology 1992 *Blackwell Companions to Philosophy : A Companion to Epistemology* / redigert av Jonathan Dancy og Ernest Sosa, Oxford: Blackwell Publishers, [oppretrykk 2000], ISBN 0-631-19258-1
- Blandhol, Sverre 1999 *Juridisk ideologi : Alf Ross' kritikk av naturretten*, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, ISBN 87-574-0155-4
- Blandhol, Sverre 2004 Pragmatismens aktualitet i rettsvitenskap og rettsanvendelse, i: *TjR* 2004 (117) s 365–91
- Blume, Peter 1995 Den almene teoris dimensjoner, i: *TjR* 1995 (109) s 812–52
- Bobbio, Norberto 1967 “Sein” and “Sollen” in Legal Science, i: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, ARSP 1967 Beiheft Nr. 6, s 7–31
- Boe, Erik 1978 Ulovlige hensyn i forvaltningsretten, i: *TjR* 1978 (91) s 349–401
- Boe, Erik 1979 *Distriktenes utbyggingsfond : En kritisk rettslig/retts sosiologisk studie av DUF's generelle forvaltningsrettslige stilling*, Oslo: Tanum-Norli, ISBN 82-518-0897-9
- Boe, Erik 1981 Hvor fritt er det frie forvaltningsskjønnet? i: *JV* 1981 (16) s 37–57
- Boe, Erik 1987 Utvikling i lovers form og innhold – en utfordring for rettsvitenskapen, i: *TjR* 1987 (100) s 651–77
- Boe, Erik 1993a *Innføring i juss [bind 1]: Juridisk tenkning og rettskildelære*, Oslo: TANO, ISBN 82-518-2945-3
- Boe, Erik 1993b *Innføring i Juss [bind 2] : Statsrett og forvaltningsrett*, Oslo: TANO, ISBN 82-518-3105-9
- Boe, Erik 1996 *Innføring i juss: Juridisk tenkning og rettskildelære*, Oslo: Tano Aschehoug, ISBN 82-518-3453-8
- Boe, Erik 2005 *Grunnleggende juridisk metode – en introduksjon til rett og retts tenkning*, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-15-00862-3
- Boe, Erik 2007 Hvem bestemmer – domstolene eller forvaltningen? i: *LoR* 2007(46) s 67–88
- Bondevik,
Kjell Magne 17.12.1997 [Svar i] Muntlig spørretime 17.12.1997, i: *Tidende S* 1997–98 s 1229–30
- BonJour, Lawrence 1992 Problem of induction : The Humean problem of induction, [oppslagsord] i: *Blackwell Companions to Philosophy : A Companion to Epistemology* / redigert av Jonathan Dancy og Ernest Sosa, s 391–95, Oxford: Blackwell Publishers, [oppretrykk 2000], ISBN 0-631-19258-1
- Brems, Eva 2001 *Human Rights: Universality and Diversity*, Haag: Nijhoff, ISBN 90-411-1618-4
- Broch, Lars Oftedal 2005 Skjønnsmarginen i nyere praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol, i: *LoR* 2005 (44) s 259–82
- Brownlie, Ian 2003 *Principles of Public International Law*, 6. utg, Oxford: Oxford University Press, ISBN 0-19-926071-0
- Bråthen, Tore 2007 [Kommentar til Allmennaksjeloven 13.6.1997 nr 45 kapittel 6], i: *Norsk Lovkommentar* / redigert av Peter Lødrup m fl. Nettversjonen <www.retsdata.no>, sist besøkt 3.8.2007

- Bugge, Hans Christian 1999 *Forurensningsansvaret : Det økonomiske ansvar for å forebygge, reparere og erstatte skade ved forurensning*, Tano Aschehoug, ISBN 82-518-3816-9
- Bulygin, Eugenio 1993 Alexy und das Richtigkeitsargument, i: *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit : Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag* / redigert av Aulis Aarnio, Stanley L. Paulson, Ota Weinberger, Georg Henrik von Wright og Dieter Wyduckel, s 19–24, Berlin: Duncker & Humblot, ISBN 3-428-07906-X
- Byers, Michael 1997 Conceptualising the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules, i: *NJIL* 1997 (66) s 211–39
- Cambridge Dictionary of Philosophy 1999 *The Cambridge Dictionary of Philosophy* / redigert av Robert Audi m fl, 2. utg, Cambridge: Cambridge University Press [oppretrykk 2001], ISBN 0-521-63722-8
- Cassese, Antonio 2001 *International Law*, Oxford: Oxford University Press, ISBN 0-19-829998-2
- Castberg, Frede 1922 Den konstruktive metode, i: *TjR* 1922 (35) s 294–317
- Castberg, Frede 1938 *Innledning til forvaltningsretten*, 1. utg, Oslo: O. Christiansens Boktrykkeri
- Castberg, Frede 1939 *Rettsfilosofiske grunnspørsmål*, Oslo: [eget forlag]
- Castberg, Frede 1941 Rett og rettstenkning, i: *TjR* 1941 (54) s 121–34
- Castberg, Frede 1955 *Innledning til forvaltningsretten*, 3. utg, Oslo: Akademisk Forlag
- Castberg, Frede 1962 Den tredje statsmakt : Foredrag ved Dommerforeningens 50-årsjubileum, i: *LoR* 1962 (1) s 145–54
- Castberg, Frede 1964 *Norges statsforfatning*, 3. utg, bind I–II, Oslo: Universitetsforlaget
- Castberg, Frede 1965 *Forelesninger over rettsfilosofi*, Oslo: Universitetsforlaget
- Chazournes, Laurence
Boisson de; Sands, Philippe
(red) 1999 *International Law, The International Court of Justice and Nuclear Weapons* / redigert av L. B. de Chazournes og Philippe Sands, Cambridge: Cambridge University Press, ISBN 0-521-65242-1
- Dalberg-Larsen, Jørgen 1977 *Retsvidenskapen som samfunnsvidenskap : Et retsteoretisk tema i historisk og aktuell belysning*, København: Juristforbundets Forlag, ISBN 87-574-2850-6
- Dalberg-Larsen, Jørgen 1993 Peter Høiland: Den forbudte retsfølelse. Om lov og moral [1992], [bokanmeldelse] i: *Juristen* 1993 (75) s 42–48
- Dalberg-Larsen, Jørgen 2005 *Lovene og livet – en retssociologisk grundbog*, 5. utg, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, ISBN 82-574-1277-4
- Dalberg-Larsen, Jørgen 2006 *Dansk rettsfilosofi : Udviklingslinjer og portrætter*, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, ISBN 87-574-1406-8
- Dancy, Jonathan 1985 *An Introduction to Contemporary Epistemology*, Oxford: Basil Blackwell, ISBN 0-631-13622-3
- Dancy, Jonathan 1992 Moral epistemology, [oppslagsord] i: *Blackwell Companions to Philosophy : A Companion to Epistemology* / redigert av Jonathan Dancy og Ernest Sosa, s 286–88, Oxford: Blackwell Publishers, [oppretrykk 2000], ISBN 0-631-19258-1

- Dancy, Jonathan 1993a An ethic of prima facie duties, i: *Blackwell Companions to Philosophy : A Companion to Ethics* / redigert av Peter Singer, kapittel 18 s 219–29, Oxford: Blackwell Publishers, [oppretrykk 2003], ISBN 0-631-18785-5
- Dancy, Jonathan 1993b Intuitionism, i: *Blackwell Companions to Philosophy : A Companion to Ethics* / redigert av Peter Singer, kapittel 36 s 411–20, Oxford: Blackwell Publishers, [oppretrykk 2003], ISBN 0-631-18785-5
- Dießelhorst, Malte 1990 Die Natur der Sache, verfolgt an der Rechtssprechung zum nichtrechtsfähigen Verein, i: *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft : Symposion zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker* / redigert av Okko Behrends, Malte Dießelhorst og Ralf Dreier, s 258–80, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, ISBN 3-525-82465-3
- Doublet, David Roland 1995 *Rett, vitenskap og fornuft : et systemteoretisk perspektiv på den rettslige argumentasjons verdimeslige forutsetninger*, Bergen: Alma Mater, ISBN 82-419-0170-4
- Doublet, David R.;
Bernt, Jan Fridthjof 1993 *Retten og vitenskapen : En introduksjon til rettsvitenskapens vitenskapsfilosofi*, 2. utg, Bergen: Alma Mater, ISBN 82-419-0137-2
- Duden : Etymologie 1963 *Duden : Etymologie : Herkunftwörterbuch der deutschen Sprache*, Mannheim: Dudenverlag
- Duden: Das Bedeutungswörterbuch 2002 *Duden: Das Bedeutungswörterbuch*, [Duden bind 10], 3. utg, Mannheim: Dudenverlag, ISBN 3-411-04103-X
- Duden : Das Herkunftwörterbuch 2006 *Duden : Das Herkunftwörterbuch : Etymologie der deutschen Sprache*, [Duden bind 7], 4. utg, Mannheim: Dudenverlag, ISBN 978-3-411-04074-2
- Dworkin, Ronald 1986 *Law's Empire*, London: Fontana Press, [3. oppl 1990], ISBN 0-00-6860-28-1
- Dworkin, Ronald 1994 *Taking Rights Seriously*, 2. utg [opprinnelig utg 1977], London: Duckworth, ISBN 0-7156-1174-7
- Eckhoff, Torstein 1953 *Rettsvesen og rettsvitenskap i USA*, Oslo: Akademisk forlag
- Eckhoff, Torstein 1962 Filmen om Nürnbergdommen – noen betraktninger om dommeres forhold til loven, i: *LoR* 1962 (1) s 116–21
- Eckhoff, Torstein 1969 Litt om det juridiske rettighetsspråk, i: *Festskrift til professor, dr. jur. & phil. Alf Ross 10. juni 1969* / redigert av Mogens Blegvad m fl, s 63–78, København: Juristforbundets Forlag, [Intet ISBN-nr]
- Eckhoff, Torstein 1970 Er det noen gang riktig å bryte loven? i: *JV* 1970 (5) s 87–94 [oppretrykk i: Torstein Eckhoff: *Retten og samfunnet*, s 213–20, Oslo: Tanum-Norli 1976, ISBN 82-518-0443-4]
- Eckhoff, Torstein 1971a *Rettferdighet : ved utveksling og fordeling av verdier*, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN-nr 82-00-06138-8
- Eckhoff, Torstein 1971b *Rettskildelære*, 1. utg, Oslo: Tanum-Norli, ISBN 82-518-0077-3
- Eckhoff, Torstein 1976 Litt om naturretten, i: T. Eckhoff: *Retten i samfunnet*, s 149–65 [opprinnelig utg i: *JV* 1967 (2) s 74–88], Oslo: Tanum-Norli, ISBN 82-518-0443-4

- Eckhoff, Torstein 1978 *Forvaltningsrett*, 1. utg, Oslo: Tanum-Norli, ISBN 82-518-0720-4
- Eckhoff, Torstein 1982 *Forvaltningsrett*, 2. utg, Oslo: Tanum-Norli, ISBN 82-518-1676-
- Eckhoff, Torstein 1987a *Rettskildelære*, 2. utg, Oslo: TANO, ISBN 82-518-2309-9
- Eckhoff, Torstein 1987b Ross om rettskilder og rett, i: *TjR* 1987 (100) s 197–213
- Eckhoff, Torstein 1989a *Forvaltningsrett*, 3. utg, Oslo: TANO, ISBN 82-518-2599-7
- Eckhoff, Torstein 1989b Rett og rettferdighet, i: *TjR* 1989 (102) s 1–12
- Eckhoff, Torstein 1989c Juss og samfunnsforskning, i: T. Eckhoff: *Juss, moral og politikk*, s 77–89, [opprinnelig utg 1972], Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-00-02834-8
- Eckhoff, Torstein 1992 *Forvaltningsrett*, 4. utg, Oslo: TANO, ISBN 82-518-3051-6
- Eckhoff, Torstein 1993 *Rettskildelære*, 3. utg, Oslo: TANO, ISBN 82-518-3116-4
- Eckhoff, Torstein;
Helgesen, Jan E. 2001 *Rettskildelære*, 5. utg v/ Jan E. Helgesen., Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-518-3988-2
- Eckhoff, Torstein;
Smith, Eivind 2006 *Forvaltningsrett*, 8. utg, revidert av Eivind Smith, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN -978-82-15-00990-2
- Eckhoff, Torstein;
Sundby, Nils Kristian 1976 *Rettssystemer : Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien*, 1. utg, Oslo: Tanum-Norli, ISBN 82-518-0428-0
- Eckhoff, Torstein;
Sundby, Nils Kristian 1991 *Rettsystemer : Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien*, 2. utg, revidert av Torstein Eckhoff, Oslo: TANO, ISBN 82-518-2930-5
- Eggen, Kyrre 2002 *Ytringsfrihet : Vernet om ytringsfriheten i norsk rett*, Oslo: Cappelen Akademisk, ISBN 82-02-21771-7
- Eikeland, Olav 1995 Aksjonsforskningens horisonter – et forsøk på å se lenger enn sin egen nesetipp, i: *Research in Action / Forskning og handling : Søkelys på aksjonsforskning* / redigert av O. Eikeland og H. D. Finsrud, s 211–67, Oslo: Arbeidsforskningsinstituttet, ISBN 82-7609-058-3
- Eikeland, Olav 2006 Phrónêsis, Aristotle and Action Research, i: *International Journal of Action Research* 2006 (2) nr 1 s 5–53, München: Rainer Hampp-Verlag, ISSN 1861-1303
- Eikeland, Olav;
Finsrud, Henrik Dons 1995 Introduction, i: *Research in Action / Forskning og handling : Søkelys på aksjonsforskning* / redigert av O. Eikeland og H. D. Finsrud, s 1–10, Oslo: Arbeidsforskningsinstituttet, ISBN 82-7609-058-3
- Ekelöf, Per Olof 1951 *Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?*, Lund: C. W. K. Gleerup
- Enç, Berent 1999 Paradigm, [oppslagsord] i: *The Cambridge Dictionary of Philosophy* / redigert av Robert Audi, 2. utg, Cambridge: Cambridge University Press, ISBN 0-521-63722-8
- Eng, Svein 1993 *The Doctrine of Precedent in English and Norwegian Law*, Oslo: Tidsskrift for Rettsvitenskap Foundation, ISBN 82-992553-1-7
- Eng, Svein 1998 *Uenighetsanalyse : med særlig vekt på jus og allmenn retts-teori*, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-00-22921-1

- Eng, Svein 2006 *Rettsfilosofi – foreløpig utgave*, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 978-82-15-00964-3
- Engelstad, Fredrik 1999 Innledning, i: Max Weber: *Verdi og handling*, [oversatt fra tysk av Helge Jordheim], s 7–21, Oslo: Pax, ISBN 82-530-2017-1
- Engelstad, Fredrik 2003 Kunnskap, makt og normer i samfunnsvitenskapene, i: *Forskningsetikk : beskyttelse av enkeltpersoner og samfunn* / redigert av Knut W. Ruyter, s 215–241, Oslo: Gyldendal Akademisk, ISBN 82-05-30813-6
- Eskeland, Ståle 1986 Ressurser, rettsikkerhet og forvaltningens ansvar, i: *Samfunn Rett Rettferdighet : Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag* / redigert av Anders Bratholm, Torkel Opsahl og Magnus Aarbakke, s 293–310, Oslo: TANO, ISBN 82-518-2161-4
- Eskeland, Ståle 1989 *Fangerett*, Oslo: TANO, ISBN 82-518-2675-6
- Eskeland, Ståle 2006 *Strafferett*, 2. utg, Oslo: Cappelen Akademisk, ISBN 978-82-02-24604-4
- Evald, Jens 2005 *Frederik Vinding Kruse (1880–1963) : En juridisk biografi*, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, ISBN 87-574-1242-1
- Evju, Stein 1980 Argumentkilder og rettskildenorner, i: *JV* 1980 (15) s 33–48
- Falkanger, Thor 1984 *Odels- og åsetesrett*, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-00-07182-0
- Falkanger, Thor 2000 *Tingsrett*, 5. utg, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-00-12952-7
- Falkanger, Aage Thor 1999 *God tro : En studie av kravet til god tro som vilkår for å erverve eller opprettholde privatrettslige rettigheter*, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-00-12919-5
- Fenger, Ole 1977 *Romerret i Norden*, København: Berlinske Forlag, ISBN 8719-30061-1
- Fenger, Ole 1997 Retskildelære og juridisk metode, i: *Rett og historie : Festskrift til Gudmund Sandvik* / redigert av Dag Michalsen og Knut Sprauten, s 157–62, Oslo: [Intet forlag], ISBN 82-994195-0-6
- Feyerabend, Paul 2001 *Against Method*, 3. utg [opprinnelig utg 1975], London: Verso, ISBN 0-86091-646-4
- Fidjestøl, Alfred 22.5.2007 – Kritikk på tomgang, [oppslag] i: *Klassekampen*, Oslo
- Filosofileksikon 1996 *Filosofileksikon* / redigert av Poul Lübke, [oversatt fra dansk av Ronny Bjune og Arne Høie, faglig granskning: Jan Brage Gundersen], Oslo: Zafari, ISBN 82-472-0001-5
- Fivelsdal, Egil 1971 Om Max Webers sosiologi : En innledning, i: *Makt og byråkrati : Essays om politikk og klasse, samfunnsforskning og verdier* / redigert av Egil Fivelsdal, [oversatt fra tysk av Dag Østerberg], s IX–XXVIII, Oslo: Gyldendal, 4. oppl. 1990, ISBN 82-05-19118-2
- Fjeld, Ruth Vatvedt 1998 *Rimelig ut fra sakens art : om tolkning av ubestemte adjektiv i regelgivende språk*, Oslo: Det historisk-filosofiske fakultet, [disputasutgave av avhandling, forsvart for dr philos-graden]
- Fjelland, Ragnar 1999 *Innføring i vitenskapsteori*, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-00-12977-2
- Fleischer, Carl August 1995 *Rettskilder*, Oslo: Ad Notam Gyldendal, ISBN 82-417-0340-6

- Fleischer, Carl August 1998 *Rettskilder og juridisk metode*, Oslo: Ad Notam Gyldendal, ISBN 82-417-0954-4
- Frändberg, Åke 1973 *Om analog användning av rättsnormer : En analys av analogibegreppet inom ramen för en allmän juridisk metodologi*, Stockholm: P. A. Norstedt & Söners Förlag, ISBN 91-1-737371-9
- Frändberg, Åke 1984 *Rättsregel och rättsval : Om rättsliga regel- och systemkonflikter i tid och rum*, Stockholm: P A Norstedt & Söners Förlag, ISBN 91-1-837411-5
- Frändberg, Åke 1997 Justness as the Cardinal Virtue of the Lawyer, i: *Fästskrift till Stig Strömholm* / redigert av Åke Frändberg, Ulf Göranson og Torgny Håstad, s 239–52, Uppsala: Iustus, ISBN 91-7678-341-3
- Fuller, Lon L. 1969 *The Morality of Law*, 2. utg, New Haven [Connecticut]: Yale University Press, ISBN 0-300-0170-2
- Fæhn, Erik Friis 1999 Verdimessige forutsetninger for Torstein Eckhoffs rettskildelære, i: *JV* 1999 (34) s 129–62
- Fæhn, Erik Friis 2002 *Ingen plikt til lydighet : en avhandling om jurisprudence – rettsvitenskapen[s] normative karakter*, Skien: Jacob Jarøy, ISBN 82-991672-1-3
- Føllesdal, Andreas 2003a Er normativ politisk teori død i Norge? Diagnose og prognose, i: *Distinktion : Scandinavian Journal of Social Theory* 2003 (4) s 129–38, Århus: Århus Universitet, ISSN 1600-910x
- Føllesdal, Andreas 2003b Innledning, i: John Rawls: *Rettferdighet som rimelighet : En reformulering* / redigert av Erin Kelly, [oversatt fra engelsk av Kai Swensen], s 11–36, Oslo: Pax, ISBN 82-530-2432-0
- Føllesdal, Dagfinn; Walløe, Lars 2000 *Argumentasjonsteori, språk og vitenskapsfilosofi*, 7. utg, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-00-12994-2
- Gert, Bernard 1988 *Morality : A new justification of the Moral rules*, New York: Oxford University Press, ISBN 0-19-505519-5
- Gewirth, Alan 1981 *Reason and Morality*, Chicago: The University of Chicago Press, [opprinnelig utg 1978], ISBN 0-226-28876-5
- Glanzberg, Michael 2006 Truth, i: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <<http://plato.stanford.edu/entries/truth/>>, nedlastet 26.10.2007
- Graver, Hans Petter 1986 *Den juristskapte virkelighet*, Oslo: TANO, ISBN 82-518-2247-5
- Graver, Hans Petter 1989 Normative systemer – skisse til en oppløsning av rettsbegrepet, i: *Regulering og styring – en juridisk teori- og metodebok* / redigert av Ellen Margrethe Basse, s 53–68, København: G E C Gads Forlag, ISBN 87-12-01927-5
- Graver, Hans Petter 1994 Hva er rettsvitenskap? i: *TjR* 1994 (107) s 561–83
- Graver, Hans Petter 1998 Nyere utviklingslinjer i norsk rettsvitenskap, i: *LoR* 1998 (37) s 579–603
- Graver, Hans Petter 2000 Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover, i: *TjR* 2000 (113) s 427–76
- Graver, Hans Petter 2002 *Alminnelig forvaltningsrett*, 2. utg, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-15-00324-9
- Graver, Hans Petter 2006 Juss, politikk og dommeraktivisme i en flytende europeisk rettsorden, i: *dog Fred er ej det Bedste ... : Festskrift til Carl*

- August Fleischer på hans 70-årsdag 26. august 2006* / redigert av Ole Kristian Fauchald, Henning Jakhell og Aslak Syse, s 203–15, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 978-82-15-00960-5
- Graver, Hans Petter 2007 *Alminnelig forvaltningsrett*, 3. utg, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 978-82-15-01148-6
- Grimen, Harald 2000 *Samfunnsvitenskapelige tenkemåter*, 1. utg, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-00-22891-6
- Grimen, Harald 2004 *Samfunnsvitenskapelige tenkemåter*, 3. utg, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 978-82-15-00689-5
- Grønmo, Sigmund 2004 *Samfunnsvitenskapelige metoder*, Bergen: Fagbokforlaget, ISBN 82-7674-224-6
- Gullvåg, Ingemund 1990 *Rasjonalitet, forståelse og forklaring : Innføring i argumentasjonsteori, logikk og vitenskapsfilosofi*, 2. utg, Trondheim: Tapir, ISBN 82-519-0944-9
- Gustavsen, Bjørn;
Sørensen, Bjørg Aase 1995 Aksjonsforskning, i: *Research in Action / Forskning og handling : Søkelys på aksjonsforskning* / redigert av O. Eike-land og H. D. Finsrud, s 55–80, Oslo: Arbeidsforskningsinstituttet, ISBN 82-7609-058-3
- Gøtze, Michael 1999 *Magtfordreining : Et begreb under forvandling*, København: Jurst- og Økonomiforbundets Forlag, ISBN 87-574-0138-1
- Habermas, Jürgen 1973 *Wahrheitstheorien*, i: *Wirklichkeit und Reflexion : Walter Schulz zum 60. Geburtstag* / redigert av Helmut Fahrenbach, s 211–69, Pfullingen: Verlag Günther Neske, ISBN 3-7885-0037-9
- Habermas, Jürgen 1992 *Faktizität und Geltung : Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, ISBN 3-518-58127-9
- Hagerup, Francis 1888 Nogle Ord om den nyere Retsvidenskabs Karakter, i: *TjR* 1888 (1) s 1–58
- Hagerup, Francis 1907 Det psykologiske Grundlag for Retten, i: *TjR* 1907 (20) s 1–14
- Hagstrøm, Viggo 1994 Urimelige avtalevilkår, i: *LoR* 1994 (33) s 131–68
- Hagstrøm, Viggo;
Aarbakke, Magnus 2003 *Obligasjonsrett*, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-518-4023-6
- Halvorsen, Marit 2006 *Norsk biobankrett : Rettslig regulering av human biologisk materiale*, Bergen: Fagbokforlaget, ISBN 978-82-450-0508-8
- Halvorsen, Vidar 1999 Rett, moral og skjønn : Habermas, Dworkin og rettsanvendelsens moralske grunnlag, i: *Sosiologi i dag* 1999 (29) s 29–50, Oslo: Novus forlag, ISSN 0332-6330
- Hansson, Sven Ove 1993 Introduktion till Amartya Sen, i: *Idéer om rättvisa : Texter av John Rawls, Amartya Sen, Michael Walzer* / redigert av S. O. Hansson og Jörgen Hermansson, [översatt fra engelsk av Germund Hesslow og Lars G. Larsson], s 85–92, Stockholm: Tidens förlag, ISBN 91-550-3529-9
- Harhoff, Frederik 1993 *Rigsfællesskabet*, Århus: Forlaget Klim, ISBN 87-7724-335-8

- Hart, H. L. A. 1961 *The Concept of Law*, 1. utg, [opptrykk 1992], Oxford: Oxford University Press, ISBN 0-19-876022-8
- Hart, H. L. A. 1994 *The Concept of Law*, 2. utg, [posthum], Oxford: Oxford University Press, ISBN 0-19-876122-8
- Hastrup, Kirsten 1999 *Viljen til viden : En humanistisk grundbog*, København: Gyldendalske Boghandel, Nordisk Forlag, ISBN 87-00-38620-0
- Hedenius, Ingemar 1963 *Om rätt och moral*, 2. utg [oppr utg 1941], Stockholm: Wahlström & Widstrand
- Helgesen, Jan Erik 1982 *Teorier om «Folkerettens stilling i norsk rett»*, Oslo: H. Aschehoug & Co, ISBN 82-03-11098-8
- Helgesen, Jan E. 1996 Juridisk metode (Rettskildelære), i: Jan E. Helgesen og Erik Boe: *Oversikt over juridisk metode og statsrett*, 2. utg, s 23–52, Oslo: NKS-forlaget, ISBN 82-508-1703-6
- Hellner, Jan 1969 Syften och uppgifter för rättsvetenskaplig forskning, i: : *Festskrift till professor, dr. jur. & phil. Alf Ross 10. juni 1969* / redigert av Mogens Blegvad m fl, s 205–29, København: Juristforbundets Forlag
- Hellum, Anne 1999 *Women's Human Rights and Legal Pluralism in Africa : Mixed Norms and identities in Infertility Management in Zimbabwe*, Oslo: Tano Aschehoug, ISBN 82-518-3781-2
- Helset, Per 1986 Innledning til rettskildelæren, i: *JV* 1986 (21) s 261–96
- Hennum, Ragnhild 1999 *Bevis i saker om seksuelle overgrep mot barn*, Oslo: UiO, [disputasutgave av avhandling forsvart for dr juris-graden]
- Henrichsen, Carsten 1997 *Retssikkerhed og moderne forvaltning : En retspolitisk studie i samspillet mellem stat, forvaltning og borger*, København: Akademisk Forlag, ISBN 87-500-3509-6
- Herrestad, Henning 1996 *Formal Theories of Rights*, Oslo: Juristforbundets forlag, ISBN 82-7833-015-8
- Hilpinen, Risto 1999 Peirce, Charles S(anders) [oppslagsord] i: *The Cambridge Dictionary of Philosophy* / redigert av Robert Audi m fl, s 651–54, 2. utg, Cambridge: Cambridge University Press 1995, ISBN 0-521-63722-8
- Hiorthøy, Finn 1967 Domstolene og forfatningsutviklingen, i: *Den dømmende makt : Domstolene og rettsutviklingen 1814–1964* / redigert av Gunnar Nissen, F. Hiorthøy og Karsten Gaarder, s 69–222, Oslo: Universitetsforlaget
- Hoel, G. Astrup 1925 *Den moderne retsmetode*, Oslo: Gyldendalske bokhandel
- Holst, Cathrine 7.10.2002 Frihetens vilkår, i: *Klassekampen*, Oslo
- Horwich, Paul 1992 Truth, theories of, [oppslagsord] i: *Blackwell Companions to Philosophy : A Companion to Epistemology* / redigert av Jonathan Dancy og Ernest Sosa, s 509–15, Oxford: Blackwell Publishers [opptrykk 2000], ISBN 0-631-19258-1
- Hov, Jo 2002 *Avtaleslutning og ugyldighet : Kontraktsrett I*, 3. utg, Oslo: Papinian, ISBN 82-91060-12-6
- Hov, Jo 2005 [Kommentar til avtaleloven 31.5.1918 nr 4 § 36], i: *Norsk Lovkommentar 2005* / redigert av Peter Lødrup m fl, bind 1 s 339–40, Oslo: Gyldendal Akademisk, ISBN 82-05-34210-5
- Husabø, Erling Johannes 1994 *Rett til sjølvvalt livsavslutning?* Oslo: Ad Notam Gyldendal, ISBN 82-417-0333-3

- Huser, Kristian 1991 Kontraktspraksis som rettskilde, i: *Rettskildebruk i juridisk forskning – 3 foredrag*, s 26–37, Bergen: Det juridiske fakultets skriftserie nr 33, ISSN 0800-0840
- Hägerström, Axel 1911 Om moraliska föreställningars sanning, [opprett] i: *Socialfilosofiska uppsatser*, s 35–65, Stockholm: Albert Bonniers förlag 1939
- Høgberg, Alf Petter 2000 Om reelle hensyn og deres betydning for grensen mellom straffbare og straffrie handlinger, i: *TJR* 2000 (113) s 525–649
- Høgberg, Alf Petter 2006 Om kritikkene av fenomenet reelle hensyn, begrepet 'reelle hensyn' og termen «reelle hensyn», i: *dog Fred er ej det Bedste ... : Festskrift til Carl August Fleischer på hans 70-årsdag 26. august 2006* / redigert av Ole Kristian Fauchald, Henning Jakhell og Aslak Syse, s 297–316, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 978-82-15-00960-5
- Høiland, Peter 1992 *Den forbudte rettsfølelse – Om lov og moral*, København: Munksgaard, ISBN 87-16-10791-8
- Høiland, Peter 1995 Dømmekraft og domspræmisses, i: *Juristen* 1995 (77) s 158–65
- Jareborg, Nils 1975 *Värderingar*, Stockholm: P. A. Norstedt & Söners Förlag, ISBN 91-1-747641-0
- Jareborg, Nils 2004 Rättsdogmatik som vetenskap, i: *SvJT* 2004 (89) s 1-10
- Johansen, Kjell Eyvind; Vetlesen, Arne Johan 2000 *Innføring i etikk*, [6. oppl 2006], Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 978-82-00-12993-6
- Johnsen, Jon T. 1987 *Retten til juridisk bistand : En rettspolitisk studie*, Oslo: Tano, ISBN 82-518-2242-4
- Justisdepartementet 2000 *Lovteknikk og loyforberedelse : Veiledning om lov- og forskriftsarbeid : Utarbeidet av Justisdepartementets lovavdeling*, Oslo: [Bestillingsnummer G-0027 B]
- Jørgensen, Stig 1969 Argumentation and Decision, i: *Festskrift til professor, dr. jur. & phil. Alf Ross 10. juni 1969* / redigert av Mogens Blegvad m fl, s 261–84, København: Juristforbundets Forlag
- Jørgensen, Stig 1970 *Ret og samfund*, København: Berlinske Forlag, ISBN 87-19-35473-8
- Kalleberg, Ragnvald 1992 *Konstruktiv samfunnsvitenskap : En fagteoretisk plassering av «aksjonsforskning»*, Oslo: Universitetet i Oslo, Institutt for sosiologi, ISBN-82-570-0088-4
- Kant, Immanuel 1781/1787 *Kritik der reinen Vernunft*, i: *Werke in zwölf Bänden* bind III–IV / utgitt av Wilhelm Weischedel, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1968 [intet ISBN-nummer]
- Kant, Immanuel 1785 *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, i: *Werke in zwölf Bänden* bind VII / utgitt av Wilhelm Weischedel, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1968 [intet ISBN-nummer]
- Kant, Immanuel 2005 *Kritikk av den rene fornuft*, [oversatt fra tysk av Steinar Mathisen, Camilla Serck-Hanssen og Øystein Skar], Oslo: Pax, ISBN 82-530-2756-7
- Kaufmann, Arthur 1982 *Analogie und «Natur der Sache» : Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2. utg, Heidelberg: R.v. Decker & C.F. Müller, ISBN 3-8114-0882-8
- Kelsen, Hans 1960 *Reine Rechtslehre*, 2. utg [opprett 2000], Wien: Verlag Österreich, ISBN 3-7046-0340-6

- Kelsen, Hans 1979 *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, ISBN 3-214-06882-2
- Kinander, Morten 2000 Er det grunnlag for et normativt korrektiv til retten ut fra Eckhoffs rettsteori? i: *TfR* 2000 (113) s 324–68
- Kinander, Morten 2002 Trenger man egentlig 'reelle hensyn'? : To betydninger, noen problemer, i: *LoR* 2002 (41) s 224–41
- Kinander, Morten 2004 *The view from within : An analysis and critique of legal realism and descriptive jurisprudence*, Bergen: Fagbokforlaget, ISBN 82-450-0195-3
- Kinander, Morten 2005 *Rettsfilosofi – en innføring*, Bergen: Fagbokforlaget, ISBN 82-450-0235-6
- Kjellevold, Alice 2007 [Kommentar til Sosialtjenesteloven 13.12.1991 nr 81 § 8-7, note 166], i: *Norsk Lovkommentar*, <www.rechtsdata.no>, [oppslag 3.8.2007]
- Kjønstad, Asbjørn 1992 Pasientrettighetenes framvekst, i: *Helseprioriteringer og pasientrettigheter* / redigert av Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse, s 189–276, Oslo: Ad Notam Gyldendal, ISBN 82-417-0177-2
- Kjønstad, Asbjørn 1993 [Bokanmeldelse av] Kristian Andenæs: Sosialomsorg i gode og onde dager, i: *TfR* 1993 (106) s 388–94
- Kjønstad, Asbjørn 1994 Trygderettighetenes grunnlovsværn, i: *Trygderettighetenes grunnlovsværn : Constitutional protection of social security benefits* / redigert av A. Kjønstad, s 9–106, Oslo: Ad Notam Gyldendal, ISBN 82-417-0414-3
- Kjønstad, Asbjørn 1997 Trygderettigheter, Grunnloven og Høyesterett, i: *LoR* 1997 (36) s 243–92
- Kjønstad, Asbjørn 2003 Rettighetslovgivning og kommunalt sjølstyrer, i: *LoR* 2003 (42) s 341–59
- Kjønstad, Asbjørn 2005 *Helserett – pasienters og helsearbeideres rettsstilling*, Oslo: Gyldendal Akademisk, ISBN 82-05-31112-9
- Kjønstad, Asbjørn 2006 Reelle hensyn som rettskilde, i: *dog Fred er ej det Bedste ... : Festskrift til Carl August Fleischer på hans 70-årsdag 26. august 2006* / redigert av Ole Kristian Fauchald, Henning Jakhell og Aslak Syse, s 357–82, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 978-82-15-00960-5
- Kjønstad, Asbjørn; Syse, Aslak 1997 *Velferdsrett*, 1. utg, Oslo: Ad Notam Gyldendal, ISBN 82-417-0770-3
- Knoph, Ragnar 1921 *Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett*, Kristiania: Olaf Norlis forlag
- Knoph, Ragnar 1939 *Rettslige standarder : særlig Grunnlovens § 97*, Oslo: Det juridiske fakultets lovsamlingsfond [opptrykk 1948]
- Kolflaath, Eivind 2004 *Språk og argumentasjon – med eksempler fra juss*, Bergen: Fagbokforlaget, ISBN 82-450-0074-4
- Koskenniemi, Martti 1990 *The Politics of International Law*, i: *European Journal of International Law* 1990 (1) s 4–32, Oxford : Oxford University Press: ISSN 0938-5428
- Kosko, Bart 1993 *Fuzzy Thinking : The New Science of Fuzzy Logic*, New York: Hyperion, ISBN 1-56282-839-8

- Krogh, Christen 1997 *Normative Structures in Natural and Artificial Systems*, Oslo: Tano Aschehoug, CompLex 1997 nr 5, ISBN 82-518-3625-5
- Krogh, Thomas m.fl. 2003 *Historie, forståelse og fortolkning : Innføring i de historisk-filosofiske fags fremvekst og arbeidsmåter*, 4. utg, Oslo: Gyldendal Akademisk, ISBN 82-417-1179-4
- Kruse, Frederik Vinding 1943 *Retslæren* [bind I av II] : *Almindelig Del*, København: Nyt Nordisk Forlag. Arnold Busck
- Krüger, Kai 1996 Komparativ rettsmetode – observasjoner vedrørende prinsipper for rettsanvendelse i Europa nord og sør – illustrert ved tilfellet Norge og Italia, i: *JV* 1996 (31) s 281–312
- Kuhn, Thomas S. 1996 *The Structure of Scientific Revolutions*, 3. utg, Chicago: The University of Chicago Press, [opprinnelig utg 1962], ISBN 0-226-45808-3
- Kvisli, Kåre H. 1962 *Innføring i skatteretten*, Oslo: Brødrene Tengs boktrykkeri
- Kymlicka, Will 1991 *Liberalism, community, and culture*, Oxford: Clarendon Press: ISBN 0-19-827871-3
- Kymlicka, Will 1993 The Social Contract Tradition, i: *Blackwell Companions to Philosophy : A Companion to Ethics* / redigert av Peter Singer, kap 15 s 186–96, Oxford: Blackwell Publishers [oppretrykk 2003], ISBN 0-631-18785-5
- Larenz, Karl 1991 *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. utg, Berlin: Springer-Verlag, ISBN 3-540-52872-5
- Larenz, Karl; Canaris, Claus-Wilhelm 1995 *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. utg, Berlin: Springer-Verlag, ISBN 3-540-59086-2
- Lassen, Birger Stuevold 1993 Presentasjon av rettsvitenskapelige arbeider på norsk : Med et forslag til en norsk rettsvitenskapelig forkortelsesstandard, 3. utg, Oslo: Stiftelsen Tidsskrift for Rettsvitenskap, ISBN 82-992553-2-5
- Lauridsen, Preben Stuer 1974 *Studier i retspolitisk argumentation*, København: Juristforbundets Forlag, ISBN 87-574-2780-1
- Lauridsen, Preben Stuer 1977 *Retslæren*, København: Akademisk Forlag, ISBN 87-500-1778-0
- Lehrer, Keith 1992 *Theory of Knowledge*, London: Routledge, ISBN 0-415-05408-7
- Liddell og Scott 1966 *Greek-English Lexicon*, Abridged Edition, Oxford: Oxford University Press
- Lilleholt, Kåre 2000 Bruk av reelle omsyn i formueretten, i: *JV* 2000 (35) s 49–60
- Lind, Johan 1996–97 Högsta domstolen och frågan om doktrin och motiv som rättskälla, i: *JT* 1996–97 (8) s 352–70
- Lindahl, Lars 1985 Definitioner, begreppsanalys och mellanbegrepp i juridiken, i: Aleksander Peczenik m fl: *Rationalitet och empiri i rättsvetenskapen*, s 37–52, Stockholm: Juristförlaget, ISBN 91-7598-058-4
- Lindholm, Tore 2002 Ethical Justification of Universal Rights across Normative Divides, i: *Universal Ethics. Perspectives and Proposals from Scandinavian Scholars* / redigert av Göran Bexell og Dan-Erik Andersson, s 63–83, Haag: Martinus Nijhoff Publishers, ISBN 90-411-1933-7
- Lorenzen, Peer 2003 [Kommentarer til EMK art 6], i: P. Lorenzen, Lars Adam Rehof, Tyge Trier, Nina Holst-Christensen og Jens Vedsted-

- Hansen: *Den Europæiske Menneskeretskonvention : med kommentarer (art 1–10)*, 2. utg, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, ISBN 87-574-6012-4
- Losee, John 2001 *A Historical Introduction to the History of Science*, 4. utg, Oxford: Oxford University Press, ISBN 0-19-870055-5
- Losee, John 2004 *Theories of Scientific Progress : An Introduction*, New York: Routledge, ISBN 0-415-32066-6
- Lund, Ketil 1987 Kontroll av staten i statens egne domstoler, i: *LoR* 1987 (26) s 211–27
- Lunde, Tore 2001 *God forretningsskikk næringsdrivande imellom*, Bergen: Fagbokforlaget, ISBN 82-7674-705-1
- Lyons, David 1993 *Moral Aspects of Legal Theory : Essays on law, justice and political responsibility*, Cambridge: Cambridge University Press, ISBN 0-521-43244-8
- Lødrup, Peter 1969 Dumme menn og troll til kjerringer : Refleksjoner over pater est-regelen, i: *Nordisk gjenklang : Festskrift til Carl Jacob Arnholtz 18. desember 1969* / redigert av Knut S. Selmer, s 711–26, Oslo: Tanum
- Lødrup, Peter;
Sverdrup, Tone 2004 *Familiereetten*, 5. utg, Oslo: [eget forlag], ISBN 82-91724-01-6
- MacCormick, Neil;
Weinberger, Ota 1986 *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, ISBN 90-277-2079-7
- Manshaus, Halvor 2005 *Renessansen som unnfanget Corpus Iuris Civilis : Keiser Justinians gjenerobring av Romerriket*, Oslo: Unipub 2005, Complex 2005 nr 1, ISBN 82-7226-086-7
- Mathiesen, Thomas 1971 *Det uferdige : Bidrag til politisk aksjonsteori*, Oslo: Pax, ISBN 82-530-0175-4
- Mathiesen, Thomas 1984 *Retten i samfunnet : En innføring i rettssosiologi*, 1. utg, Oslo: Pax, ISBN 82-530-1268-3
- Mathiesen, Thomas 2005 *Retten i samfunnet : En innføring i rettssosiologi*, 5. utg, Oslo: Pax, ISBN 82-530-2850-4
- Maus, Heinz; Fürstenberg, Friedrich (red) 1969 *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie* / redigert av H. Maus og F. Fürstenberg, Neuwied: Luchterhand, [intet ISBN-nr]
- Mayer-Maly, Theo 1984 *Die Natur der Sache und die österreichische Rechtspraxis, i: Objektivering des Rechtsdenkens : Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo* / redigert av Werner Krawietz, Theo Mayer-Maly og Ota Weinberger, Berlin: Duncker & Humblot, ISBN 3-428-05561-6
- Merton, Robert K. 1949 *Social Structure and Social Theory : Toward the Codification of Theory and Research*, 1. utg, Illinois: The Free Press of Glencoe
- Merton, Robert K. 1973a *The Normative Structure of Science*, [opprinnelig utg 1942], i: R. K. Merton: *The Sociology of Science : Theoretical and Empirical Investigations* / redigert og med forord av Norman W. Storer, s 267–78, Chicago: The University of Chicago Press, ISBN 0-226-52092-7
- Merton, Robert K. 1973b *Technical and Moral Dimensions of Policy Research*, [opprinnelig utg 1949], i: R. K. Merton: *The Sociology of Sci-*

- ence : *Theoretical and Empirical Investigations* / redigert og med forord av Norman W. Storer, s 70–98, Chicago: The University of Chicago Press, ISBN 0-226-52092-7
- Merton, Robert K. 1993 *On the Shoulders of Giants : A Shandean Postscript : The Post-Italianate Edition*, [1. utg 1965], [m/nytt etterord], Chicago: The University of Chicago Press, ISBN 0-226-52086-2
- Michalsen, Dag 1997 Offentlighetsprinsippet og prejudikatlæren : Kontroll- og rettskildefunksjoner ved Høyesteretts hemmelige premisser, særlig på 1830- og 40-tallet, i: *Ånd og rett : Festskrift til Birger Stuevold Lassen* / redigert av Viggo Hagstrøm, Peter Lødrup og Magnus Aarbakke, s 729–39, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-00-12697-8
- Mikkola, Matti 1981 Teser om rettsvetenskaplig forskning, i: *TfR* 1981 (94) s 273–313
- Minda, Gary 1995 *Postmodern Legal Movements : Law and Jurisprudence at Century's End*, New York: New York University Press, ISBN 0-8147-5511-9
- Modéer, Kjell Å. 2004 Law and Religion: Rätt och moral : En översikt av en senmodern rettsvetenskaplig diskurs, i: *Retfærd* [nr 107] 2004 (27) nr 4 s 3–16
- Moe, Ernst 2007 [Kommentar til Gjeldsordningsloven 17.7.1992 nr 99] i: *Norsk Lovkommentar* / redigert av Peter Lødrup m fl. Nettversjonen <www.rechtsdata.no>, sist besøkt 30.8.2007
- Montesquieu, Charles de Secondat 1998 *Om lovenes ånd* [oversatt fra fransk av Merete Klenow With, opprinnelig utg 1748], 2 bind + bibliografi, København: Gads, ISBN 87-12-03146-1 [for begge bind]
- Myrdal, Gunnar 1972 *Vetenskap och politik i nationalekonomin*, Stockholm: Raben & Sjögren, 2. utg, ISBN 91-29-43438-6
- Mæhle, Synne Sæther 2005 *Grenser for rettsanvendelsesskjønn : Om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern*, Oslo: Gyldendal Akademisk, ISBN 82-05-34228-8]
- Mørland, Henning m.fl. 1965 *Latinsk ordbok*, 3. utg, Oslo: J. W. Cappelen
- Nesland, Erik M. 2006 *Norsk rettskildelære 1884–1939 : Rettssyn hos Platou, Hagerup, Stang, Knoph, Astrup Hoel og Castberg*, Tromsø: Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo, [disputasutgave for dr juris-graden], ISBN 82-91636-28-1
- Norris, Christopher 1994 Rettsvitenskap, dekonstruksjon og litteraturteori – en kort oversikt med kritiske bemerkninger, [oversatt fra engelsk av Ole Myhre Hansen], i: *Arr* 1994 (6) nr 3–4 s 52–61
- Nowak, Manfred 1993 *U.N. Covenant on Civil and Political Rights : CCPR Commentary*, Kehl am Rhein: N.P Engel, ISBN 3-88357-106-7
- Nozick, Robert 1974 *Anarchy, State and Utopia*, Oxford: Blackwell, ISBN 0-631-15680
- Nussbaum, Martha C. 2001 *Women and Human Development : The Capabilities Approach*, Cambridge: Cambridge University Press, ISBN 0-521-00385-7
- Nydal, Rune 2002 *I vitenskapens tid : En introduksjon til vitenskapsfilosofi etter Thomas Kuhn*, Oslo: Spartacus, ISBN 82-430-0202-2
- Nygaard, Nils 1999 *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 1. utg, Bergen: Universitetsforlaget, ISBN 82-00-12948-9

- Nygaard, Nils 2004 *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg, Bergen: Universitetsforlaget, ISBN 82-15-00632-9
- Nystuen, Gro 2004 *Striking a balance between achieving peace and protecting human rights: Conflicts between norms regarding ethnic discrimination in the Dayton Peace Agreement*, Oslo: UiO, [disputasutgave av avhandling, forsvart for dr juris-graden 3.8.2004]
- Næss, Arne 1961 *En del elementære logiske emner*, 9. utg, Oslo: Universitetsforlaget
- Næss, Arne m.fl. 1973 *Vitenskapsfilosofi : En innføring*, i samarbeid med Per Ariansen, Thomas Krogh og Hans Eirik Aarek, 2. preliminære utg, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-00-02289-7
- Næss, Arne m.fl. 1980 *Vitenskapsfilosofi : En innføring*, i samarbeid med Per Ariansen og Kjell Madsen, 3. utg, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-00-01970-5
- Odberg, Per 1999 Pensjonsdommene, Grunnloven og Høyesterett, i: *LoR* 1999 (38) s 78–92
- Ofstad, Harald 1969 Har vi behov for et akognitivt norm- eller verdispråk? i: *Festskrift til professor, dr. jur. & phil. Alf Ross 10. juni 1969* / redigert av Mogens Blegvad m fl, s 389–403, København: Juristforbundets Forlag, [Intet ISBN-nr]
- Olivecrona, Karl 1940 *Om lagen och staten*, København: Munksgaard / Lund: Gleerup
- Olsen, Henrik Palmer 1997 *Rationalitet, ret og moral*, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, ISBN 87-574-0028-8
- Opsahl, Torkel 1991 *Internasjonale menneskerettigheter : En foreløpig innføring*, 1. utg, Oslo: Institutt for menneskerettigheter, [Publikasjon nr 7], ISSN 0802-5622
- Orwell, George 1946 *Animal Fram : A fairy Story*, London: Penguin 2003, ISBN 0-14-118738-7
- Peczenik, Aleksander 1992 [Anmeldelse av] Forvaltningsrett og rettskildelære : Kritisk-juridiske artikler / redigert av Ken Uggerud, 1992, i: *TJR* 1992 (105) s 582–87
- Peczenik, Aleksander 1994 Unity of the Legal System, i: *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems : Festschrift for Robert S. Summers* / redigert av Werner Krawietz, Neil McCormick og Georg Henrik von Wright, s 71–81, Berlin: Duncker & Humblot, ISBN 3-428-07895-0
- Peczenik, Aleksander 1995 *Vad är rätt? : Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Stockholm: Fritzes, ISBN 91-38-50449-9
- Peczenik, Aleksander 1997 Rättsvetenskapen – normativ eller deskriptiv? i: *Änd og rett : Festskrift til Birger Stuevold Lassen* / redigert av Viggo Hagstrøm, Peter Lødrup og Magnus Aarbakke, s 795–804, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-00-12697-8
- Peczenik, Aleksander 1998–99 Värdenihilismen och den konstruktiva juridiken, i: *JT* 1998–99 (10) s 462–90
- Peczenik, Aleksander 2000 Certainty or Coherence? i: *The Reasonable as Rational? : On Legal Argumentation and Justification : Festschrift für Aulis Aarnio* / redigert av Werner Krawietz m fl, s 157–71, Berlin: Duncker & Humblot, ISBN 3-428-09265-1
- Peczenik, Aleksander 2004 *Local and Global Coherence in Legal Theory*, [upublisert seminarmanuskript]

- Petersen, Thomas Søbirk 2006 Ross om moral og sandhed, i: *Alf Ross : Kritiske gensyn* / redigert av Jakob v. H. Holtermann og Jesper Ryberg, s 173–92, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, ISBN 87-574-1409-2
- Pettit, Philip 1993 Consequentialism, i: *Blackwell Companions to Philosophy* : / redigert av Peter Singer, s 230–40, Oxford: Blackwell Publishers [oppretrykk 2003], ISBN 0-631-18785-5
- Philipse, Herman 2004 Edmund Husserl and the History of Classical Foundationalism, i: *Husserl and the Sciences : Selected Perspectives* / redigert av Richard Fest, s 11–39, Ottawa: University of Ottawa Press, ISBN 0-7766-3026-1
- Platou, Oscar 1915 *Forelæsninger over Retskildernes Theori*, Kristiania: [eget forlag] i kommisjon hos T.O. Brøgger
- Pogge, Thomas W. 1989 *Realizing Rawls*, Ithaca: Cornell University Press, ISBN 0-8014-9685-3
- Popper, Karl 1945 *The open society and its enemies, bind II: The high tide of prophecy: Hegel, Marx, and the aftermath*, London: George Routledge & Sons
- Popper, Karl 1959 *The Logic of Scientific Discovery*, London: Routledge [oppretrykk 2002], ISBN 0415-27843-0
- Popper, Karl 1979 *Objective Knowledge : An Evolutionary Approach*, London: Clarendon Press, [revidert utg m/nytt appendiks, 1. utg i 1972], ISBN 0-19-875024-2
- Putnam, Hilary 1995 Are moral and legal values made or discovered? i: *Legal Theory* 1995 (1) s 5–19, ISSN 1352-3252
- Rachels, James 1993 Subjectivism, i: *Blackwell Companions to Philosophy : A Companion to Ethics* / redigert av Peter Singer, kapittel 38 s 432–41, Oxford: Blackwell Publishers [oppretrykk 2003], ISBN 0-631-18785-5
- Radbruch, Gustav 1948 Die Natur der Sache als juristische Denkform, i: *Gustav Radbruch: Rechtsphilosophie* / redigert av Winfried Hassemer, bind 3 s 229–54, Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1990, ISBN 3-8114-4389-5
- Ragazzi, Maurizio 1997 *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford: Clarendon Press, ISBN 0-19-829870-6
- Raisch, Peter 1995 *Juristische Methoden : Vom antiken Rom bis zur Gegenwart*, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, ISBN 3-8114-9795-2
- Rawls, John 1973 *A Theory of Justice*, Oxford: Oxford University Press, [11. oppl 1991], ISBN 0-19-881301-5
- Rawls, John 1996 *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, ISBN 0-231-05249-9
- Rawls, John 2001 *Justice as Fairness : a Restatement* / redigert av Erin Kelly, Cambridge [Massachusetts]: The Belknap Press of Harvard University Press, ISBN 0-674-00511-2
- Robberstad, Anne 1999 *Mellom tvekamp og inkvisisjon : Straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornærmedes stilling*, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-00-12902-0
- Robberstad, Knut 1971 *Retts saga I*, Oslo: Universitetsforlaget, [intet ISBN-nr]
- Rodhe, Knut 1944 *Gränsbestämning och äganderättstvist*, Uppsala: A.-B. Lundequistska Bokhandeln
- Ross, Alf 1945 En retslære fra det 19. aarhundrede, i: *TJR* 1945 (58) s 273–92

- Ross, Alf 1953 *Om ret og retfærdighed : En indførelse i den analytiske retsfilosofi*, København: Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck, [3. oppl 1971], ISBN 87-17-01001-2
- Ross, Alf 1958 *On Law and Justice*, London : Stevens & Sons
- Ross, Alf 1963 Naturret contra retspositivisme, i: *TjR* 1963 (76) s 497–525
- Ross, Alf 1974 Kort bemærkning om retskildelære, i: *TjR* 1974 (87) s 329–32
- Ruud, Morten;
Ulfstein, Geir 2002 *Innføring i folkerett*, 2. utg, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-15-00208-0
- Ruud, Morten;
Ulfstein, Geir 2006 *Innføring i folkerett*, 3. utg, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 978-82-15-00988-9
- Ruyter, Knut W. 2003 Forskningsetikkens spede begynnelse og tilblivelse: beskyttelse av enkeltpersoner og samfunn, i: *Forskningsetikk : beskyttelse av enkeltpersoner og samfunn* / redigert av K. W. Ruyter, s 17–38, Oslo: Gyldendal Akademisk, ISBN 82-05-30813-6
- Ruyter, Knut W. (red) 2003 *Forskningsetikk : beskyttelse av enkeltpersoner og samfunn* / redigert av K. W. Ruyter, Oslo: Gyldendal Akademisk, ISBN 82-05-30813-6
- Ruyter, Knut W.;
Førde, Reidun;
Solbakk, Jan Helge 2000 *Medisinsk etikk – en problembasert tilnærming*, Oslo: Gyldendal Akademisk, ISBN 82-417-1067-4
- Röhl, Klaus F. 1987 *Rechtssoziologie : Ein Lehrbuch*, Köln: Carl Heymanns Verlag, ISBN 3-452-19750-6
- Röhl, Klaus F. 1994 *Allgemeine Rechtslehre : Ein Lehrbuch*, Köln: Carl Heymanns Verlag, ISBN 3-452-21806-6
- Samnøy, Åshild 1999 The Origins of the Universal Declarations of Human Rights, i: *The Universal Declaration of Human Rights : a Common Standard of Achievement* / redigert av Gudmunður Alfreðsson og Asbjørn Eide, 2. utg, s 3–24, Haag: Nijhoff, ISBN 90-411-1168-9
- Sand, Inger-Johanne 1996 *Styring av kompleksitet : Rettslige former for statlig ramme- styring og desentralisert statsforvaltning*, Bergen: Fagbokforlaget, ISBN 82-7674-200-9
- Sandgren, Claes 2006 Vad är rättsvetenskap?, i: *Festskrift til Peter Seipel* /redigert av Cecilia Magnusson Sjöberg og Peter Wahlgren, s 527–52, Stockholm: Norstedts Juridik, ISBN 91-39-01140-2
- Sayre-McCord, Geoffrey 1991 Preface, i: *Essays on Moral Realism* / redigert av G. Sayre-McCord, Ithaca: Cornell University Press, ISBN 0-8014-9541-5
- Scheel, Herman 1907 Om Rettens Grund som Udgangspunkt for Læren om Retskilderne, i: *TjR* 1907 (20) s 249–62
- Schei, Tore 1998 *Twistemålsloven : Lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august nr. 6. 1915 med kommentarer*, bind I, 2. utg, Oslo: Tano Aschehoug, ISBN 82-518-3758-8
- Schei, Tore m.fl. 2007 *Twisteloven : (lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mwkling og rettergang i sivile tvister : Kommentartutgave*, bind I, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 978-82-15-01179-0

- Schwebel, Stephen M. 1996 May Preparatory Work be Used to Correct Rather than Conform the «Clear» Meaning of a Treaty Provision? i: *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century : Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* / redigert av Jerzy Makarczyk, s 541–47, Haag: Kluwer Law International, ISBN 90-411-0296-5
- Schaanning, Espen 1994 *Den onde vilje : En kriminal-filosofisk pamflett*, Oslo: Spartacus, ISBN 82-430-0044-5
- Searle, John R. 1965 What Is a Speech Act? [opprykk] i: *The Philosophy of Language* / redigert av A. P. Martinich, 2. utg, s 115–25, New York: Oxford University Press 1990, ISBN 0-19-506254-x
- Searle, John R. 1995 *The Construction of Social Reality*, London: Penguin Books, ISBN 0-14-023590-6
- Sen, Amartya 1985 Rights and Capabilities, i: *Morality and Objectivity : A Tribute to J. L. Mackie* / redigert av Ted Honderich, s 130–48, London: Routledge & Kegan Paul, ISBN 0-7100-9991-6
- Sen, Amartya 1993 Rättigheter och förmågor, i: *Idéer om rättvisa : Texter av John Rawls Amartya Sen Michael Walzer* / redigert av Sven Ove Hansson og Jörgen Hermansson, s 115–35, [översatt fra engelsk av Germund Hesslow og Lars G. Larsson], Stockholm: Tidens Förlag, ISBN 91-550-3529-9
- Sen, Amartya 1992 *Inequality reexamined*, Oxford: Oxford University Press, ISBN 0-19-828334-2
- Sen, Amartya 2000 *Development as Freedom*, New York: Alfred A. Knopf, ISBN 0375-40619-0
- Simonsen, Lasse 1997 *Prekontraktuell ansvar : Det alminnelige prekontraktuelle ansvar : Ansvar ved gjennomføring av anbuds konkurranser*, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-00-22928-9
- Skeie, Jon 1929 *Den norske civilprosess*, bind I, Oslo: Olaf Norlis forlag
- Skjervheim, Hans 1964 Sosiologien som vitenskap: positiv eller kritisk disiplin? i: H. Skjervheim: *Vitenskapen om mennesket og den filosofiske refleksjon*, s 121–36 [+ noter s 199], Oslo: Tanum
- Skjervheim, Hans 1976 *Deltakar og tilskodar*, 3. utg, [opprinnelig utg 1957], Oslo: Tanum-Norli, ISBN 82-518-0500-7
- Skoghøy, Jens Edvin A. 1994 Rett, politikk og moral : Om bruk av politiske og etiske argumenter ved rettsanvendelse og juridisk tolkning, i: *TJR* 1994 (107) s 837–81
- Skoghøy, Jens Edvin A. 1995 Rådighetsinnskrenkninger og erstatning, i: *LoR* 1995 (34) s 213–14
- Smith, Carsten 1975 Domstolene og rettsutviklingen, i: *LoR* 1975 (14) s 292–319
- Smith, Carsten 1992 Om urimelige kontraktsvilkår og Norges Høyesterett, i: C. Smith: *Rettstenkning i samtiden : Rett – økonomi – politikk*, s 478–97, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-00-21504-0
- Smith, Carsten 1996a Høyesteretts stilling i dagens samfunn, [foredrag holdt 15.9.1992], i: C. Smith: *Loven og livet : foredrag – artikler – taler*, Oslo: Universitetsforlaget, s 32–46, ISBN 82-00-22762-6
- Smith, Carsten 1996b Åpningen av Høyesteretts Hus 3. september 1996, i: *Juristkontakt* 1996 (30) nr 7 s 18–21
- Smith, Eivind 1993 *Høyesterett og folkestyret*, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-00-21914-3

- Smith, Eivind 1999 Høyesterett – en trussel mot demokratiet? i: *LoR* 1999 (38) s 451–86
- Smith, Eivind 2001 «Semi-konstitusjonell karakter»? [leder] i: *LoR* 2001 (40) s 385–86
- Somby, Ånde 1999 *Juss som retorikk*, Tano Aschehoug, ISBN 82-518-2921-1
- Stabell, Tolle 2002 Rettsliggjøring – domstolenes skjønnsmessige overprøvinger, i: *Rettsteori og rettsliv : Festskrift til Carsten Smith til 70-årsdagen 13. juli 2002* / redigert av Peter Lødrup, Steinar Tjomsland, Magnus Aarbakke og Gunnar Aasland, s 811–32, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-15-00232-3
- Stang, Fredrik 1942 Mine juridiske arbeider, i *TjR* 1942 (55) s 17–45
- Stenseth, Geir 2005 *Almenningens janusansikt : En sammenlignende rettslig analyse av almennings- og sameieforhold i norsk utmark*, Oslo: Gyldendal Akademisk, ISBN 82-05-35595-9
- Stordrange, Bjørn 1988 Hvordan kan tidligere rett «overleve» etter at lovgivningen er endret? i: *TjR* 1988 (101) s 814–37
- Strömholm, Stig 1992 *Rätt, rättskällor och rättstillämpning : En lärobok i allmän rättslära*, 4. utg, Stockholm: Norstedts Juridik, ISBN 91-38-50151-1
- Strömholm, Stig 1996 *Rätt, rättskällor och rättstillämpning : En lärobok i allmän rättslära*, 5. utg, Stockholm: Norstedts Juridik, ISBN 91-38-50557-6
- Strømø, Hanne E. 1997 *Juristers doktoravhandlinger og juridiske doktoravhandling-er i Norge : En oversikt*, Oslo: Universitetet i Oslo, Det juridiske fakultetsbibliotek, [i Skriftserien nr 12], ISBN 82-90822-15-4
- Stubberud, Jørgen 2004 En kritikk av Ross' non-kognitivism, i: *TjR* 2004(117) s 50–133
- Sundby, Nils Kristian 1974 *Om normer*, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-00-01382-0
- Sundby, Nils Kristian 1975 Naturretslig legitimasjon for normativ kompetanse, i: *TjR* 1975 (88) s 339–54
- Sundby, Nils Kristian 1976 Innledning, i: *Kritisk Juss* / redigert av Anders Bratholm og N. K. Sundby, s 9–17, Oslo: Pax, ISBN 82-530-0733-7
- Sunde, Jørn Øyrehagen 2000 *“Igiennem den Juridiske Labyrinth” : eller rettskjeldelærer og rettskjeldebruk på fyrste halvdel av 1700-talet : eller spørsmålet om «Legalejus»*, Bergen: Det juridiske fakultet, Det juridiske fakultets skriftserie nr 82, ISBN 92-7960-009-4
- Sunde, Jørn Øyrehagen 2005 *Speculum legale – Rettsspegelen : Ein introduksjon til den norske rettskulturen si historie i eit europeisk perspektiv*, Bergen: Fagbokforlaget, ISBN 82-450-0090-6
- Syse, Aslak 1995 *Rettsikkerhet og livskvalitet for utviklingshemmete : Rettigheter, vern og kontroll som rettslige virkemidler*, Oslo: Ad Notam Gyldendal, ISBN 82-417-0587-5
- Syse, Aslak 1996 Likhets- og rettferdighetsargumentasjons rettskildemessige vekt ved prøving av vedtak om utmåling av tjenester på helse- og sosialrettens område, i: *TjR* 1996 (109) s 862–83
- Syse, Aslak 2004 *Pasientrettighetsloven : med kommentarer*, 2. utg, Oslo: Gyldendal Akademisk, ISBN 82-05-31546-9
- Sæbø, Rune 1996 Generalklausulene i formuerettslovgivingen i et rettskilde-perspektiv, i: *JV* 1996 (31) s 313–25

- Sørensen, Christian
Berger 2004 Læren om statens skjønnsmargin etter EMK og betydningen for norsk domstolskontroll med forvaltningen, i: *TjR* 2004 (117) s 134–96
- Taylor, Charles 1989 *Sources of the Self : The Making of the Modern Identity*, Cambridge: Cambridge University Press, ISBN 0-521-38331-5
- Thommessen, Bjørn;
Wetlesen, Jon 1996 *Etisk tenkning : En historisk og systematisk innføring*, Oslo: Ad Notam Gyldendal, ISBN 82-417-0683-9
- Thue, Fredrik W. 1997 *Empirisme og demokrati : Norsk samfunnsforskning som etterkrigsprosjekt*, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-00-22912-2
- Thue, Helge J. 1978 [Bokanmeldelse av] Preben Stuer Lauridsen: Studier i retspolitisk argumentasjon, i: *TjR* 1978 (91) s 465–71
- Thue, Helge J. 1989 Rettferdighets- og rettighetsfilosofi, i: *KJ* 1989 (16) s 17–32
- Torsvik, Gaute 2003 *Menneskenatur og samfunnsstruktur : Ein kritisk introduksjon til økonomisk teori*, Oslo: Det Norske Samlaget, ISBN 82-521-5794-7
- Torvund, Olav 1993 *Betalingsformidling i et rettslig perspektiv*, Oslo: TANO, ISBN 82-518-3147-4
- Torvund, Olav 1996 *Å studere juss – innføring i privatrett grunnfag*, Oslo: Tano Aschehoug, ISBN 82-518-3464-3
- Tranøy, Knut Erik 1976 Norms of Inquiry: Methodologies as Normative Systems, i: *Contemporary Aspects of philosophy* / redigert av Gilbert Ryle, s 1–13, Stocksfield: Oriell Press, ISBN 0-85362-161-6
- Tranøy, Knut Erik 1986 *Vitenskapen – samfunnsmakt og livsform*, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-00-07668-7
- Tranøy, Knut Erik 1988a Three Thoughts about Objectivity as a Methodological Norm, i: K. E. Tranøy: *The Moral Importance of Science : Essays in Normative Theory, Scientific Activity and Wittgenstein : Published on the Occasion of the Author's Seventieth Birthday* / redigert av Andrew J. I. Jones, s 37–44 og s 206–8 [noter], [opprinnelig utg 1977], Søreidgrend: Sigma forlag, ISBN 82-90373-39-2
- Tranøy, Knut Erik 1988b 'Ought' implies 'can': a bridge from fact to norm? i: K. E. Tranøy: *The Moral Importance of Science : Essays in Normative Theory, Scientific Activity and Wittgenstein : Published on the Occasion of the Author's Seventieth Birthday* / redigert av Andrew J. I. Jones, s 49–82 og [noter] s 192–200, [opprinnelig utg 1972], Søreidgrend: Sigma forlag, ISBN 82-90373-39-2
- Tranøy, Knut Erik 1998 *Det åpne sinn : moral og etikk mot et nytt årtusen*, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-00-12793-1
- Tranøy, Knut Erik 2006 Refleksjoner omkring verdinihilismens fortid og fremtid, i: *NFT* 2006 (41) s 140–50
- Truyen, Filip 2004 Myndighetsmisbruk i aksje- og allmennaksjeselskaper, i: *JV* 2004 (39) s 305–28
- Tuori, Kaarlo 1988 Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin?, [oversatt fra finsk av Anders von Koskull], i: *Rättsdogmatikens alternativ* / redigert av Kaarlo Tuori, s 181–210, Helsinki: Juridica, ISBN 951-9464-47-6

- Tuori, Kaarlo 1999 Från ideologikritik till kritisk positivism, i: *Retfærd* [nr 85] 1999 (22) nr 2 s 5–18
- Tuori, Kaarlo 2002 *Critical Legal Positivism*, Aldershot [England]: Ashgate, ISBN 0-7546-2272-X
- Tørum, A. Bjøranger 2007 [Kommentar til NL 5-1-2 note 4], i: *Norsk Lovkommentar* / redigert av Peter Lødrup m fl. Nettversjonen <www.rechtsdata.no>, sist besøkt 3.8.2007
- Uggerud, Ken 1996 Domstolenes myndighet til å prøve vedtak om utvisning etter utlendingsloven. Rt 1995 s 72, i: *KJ* 1996 (23) s 76–99
- Wahrig, Gerhard 1971 *Deutsches Wörterbuch*, Gütersloh: Bertelsmann Lexikon-Verlag, ISBN 3-570-06588-X
- Wahrig, Gerhard; Wahrig-Burfeind, Renate 2006 *Deutsches Wörterbuch : mit einem Lexicon der deutschen Sprachlehre* / utgitt av Renate Wahrig-Burfeind, 8. utg, Gütersloh/München: Wissen Media Verlag, ISBN 978-3-577-10241-4
- Walsøe, Per 1996 Retfærdighed i justitsen, i: Mette Hartlev, Tim Knudsen og P. Walsøe: *Justisvæsenets fremtidige organisering*, s 70–89, København: Offentlig sektor – Vilkår og fremtid, ISBN 87-90298-18-7
- Weber, Max 1904 Die «Objektivität» sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, i: M. Weber: *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre* / utgitt av Johannes Winckelmann, s 146–214, Tübingen: J. C. B. Mohr 1988, ISBN 3-16-845373-0
- Weber, Max 1919 Wissenschaft als Beruf, i: M. Weber: *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre* / utgitt av Johannes Winckelmann, s 582–613, Tübingen: J. C. B. Mohr 1988, ISBN 3-16-845373-0
- Weber, Max 1971 *Makt og byråkrati : Essays om politikk og klasse, samfunnsforskning og verdier* / redigert av Egil Fivelsdal, [oversatt fra tysk av Dag Østerberg], Oslo: Gyldendal, 4. oppl. 1990, ISBN 82-05-19118-2
- Weber, Max 1999 *Verdi og handling*, [oversatt fra tysk av Helge Jordheim, m/innledning av Fredrik Engelstad], Oslo: Pax, ISBN 82-530-2017-1
- Westerlund, Staffan 1997 *En hållbar rättsordning. Rättsvetenskapliga paradigmer och tankevändor*, Uppsala: Iustus, ISBN 91-7678-372-3
- Wetlesen, Jon 1992 Hva slags verdi er menneskeverd? Tre teorier om menneskers moralske status? i: *Menneskeverd : humanistiske perspektiver* / redigert av J. Wetlesen, s 7–32, Oslo: Universitetet i Oslo, ISBN 82-91247-00-5
- Wetlesen, Jon 2002 *Forelesninger i etikk og annen praktisk filosofi : Grunnfagsundervisning : Forelesningsmanuskripter 1997, 2000 og 2002*, Oslo: Universitetet i Oslo, Institutt for filosofi [utrykt manus, tilgjengelig på nettet]
- Wilhelmsen, Trine-Lise 1989 *Egenrisiko i skadeforsikring : En rettslig og økonomisk studie av bruk av egenrisiko i skadeforsikring for næringslivet*, Oslo: Sjørettsfondet, ISBN 82-90260-31-8
- Wittgenstein, Ludwig 1953 *Philosophische Untersuchungen*, i: Werkausgabe, bind 1 av 8, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 10. oppl 1995, ISBN 3-518-28101-1

- Wittgenstein, Ludwig 1969 *Über Gewissheit / On Certainty* / redigert av G. E. M. Anscombe og G. H. von Wright, Oxford: Blackwell publishers, 2001, ISBN 0-631-16940-7
- Wold, Bendik 11.6.2001 Banebrytende tidsskrift-studie, [oppslag] i: *Klassekampen*, Oslo
- Wold, Terje 1963 Den europeiske menneskerettighetskonvensjon og Norge, i: *Festskrift til Frede Castberg i anledning hans 70. årssdag 4. juli 1963*, s 353–74, Oslo: Universitetsforlaget
- Wormnæs, Odd 1996 [Kapittel 15] Vitenskap og verdier ; Max Weber om objektivitet og verdifrihet i vitenskapen, i: Odd Wormnæs m fl: *Vitenskap – enhet og mangfold*, s 300–304, Oslo: Ad Notam Gyldendal, ISBN 82-417-0682-0
- Woxholth, Geir 2006 *Avtalerett*, 6. utg, Oslo: Gyldendal Akademisk, ISBN 978-82-05-36299-4
- Wright, Georg Henrik von 1963 *Norm and Action : A Logical Enquiry*, London: Routledge & Kegan Paul
- Wright, Georg Henrik von 1971 *Explanation and Understanding*, Ithaca: Cornell University Press [optrykk] 2004, ISBN 0-8014-8936-9
- Wright, Georg Henrik von 1996 *Six essays in philosophical logic*, Helsinki: Societas Philosophica Fennica, ISBN 951-9264-28-0
- Wright, Georg Henrik von 2000 On norms and norm-propositions, i: *The Reasonable as Rational? : On Legal Argumentation and Justification : Festschrift für Aulis Aarnio* / redigert av Werner Krawietz m fl, s 173–78, Berlin: Duncker & Humblot, ISBN 3-428-09265-1
- Wyller, Truls 1995 Sannhet og autonomi : En kritisk drøfting av Habermas' moralfilosofi, i: *NFT* 1995 (30)
- Wyller, Truls 1996 *Etikkens historie : En systematisk framstilling*, Oslo: Cappelen Akademisk, ISBN 82-456-0040-0
- Zahle, Henrik 1974 Kritik af en retsteori : Om Alf Ross' opfattelse af retsvidenskaben, i: *TjR* 1974 (87) s 333–403
- Zahle, Henrik 1995 Forskningsetik og juridisk forskning, i: *Juristen* 1995 (77) s 352–78
- Zahle, Henrik 1997 Grundlovens menneskerettigheter : Sammenstødet mellom legalistiske og dynamiske retstraditioner, i: *Grundloven og menneskerettigheter : i et dansk og europæisk perspektiv* / redigert av Morten Kjærum, Klaus Slavensky og Jens Vedsted-Hansen, s 361–80, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, ISBN 87-574-0023-7
- Zahle, Henrik 1999 *Rettens kilder*, København: Christian Ejlers' Forlag, ISBN 87-7241-916-4
- Zahle, Henrik 2003 «Hvad skal jeg gøre i denne sag?» Retsfilosofien mellem videnskab og praksis, i: *Juristen* 2003 (85) s 81–93
- Zimmer, Frederik 2001 *Lærebok i skatterett*, 4. utg, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-15-00135-1
- Zimmer, Frederik 2005 *Lærebok i skatterett*, 5. utg, Oslo: Universitetsforlaget, ISBN 82-15-00836-4
- Øfsti, Audun 1994 Die Verabsolutierung des Begriffs der empirischen Theorie : Der Fall Quine, i: Audun Øfsti: *Abwandlungen : Essays zur*

- Aarbakke, Magnus 1965 *Sprachphilosophie und Wissenschaftstheorie*, s 13–39, Würzburg: Verlag Königshausen & Neumann, [opprinnelig utg 1982], ISBN 3-88479-925-8
- Aarbakke, Magnus 1966 Kutymen som rettskilde, i: *TfR* 1965 (78) s 432–73
- Aall, Jørgen 1998 Harmonisering av rettskilder, i: *TfR* 1966 (79) s 499–518
- Aasen, Henriette Sinding 2000 Domstolsadgang og domstolskontroll i menneskerettighets-saker, i: *TfR* 1998(111) s 1–181
- Aasland, Gunnar 2000 *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*, Fagbokforlaget, ISBN 82-7674-531-8
- Noen betraktninger om rettskildespørsmål i Høyesteretts praksis, i: *JV* 2000 (35) s 157–79

3 Henvisninger til norske dommer mv

3.1 Høyesterett: dommer og realitetskjennelser

<i>Sidehenvisning i Rt</i>	<i>Uoffisielt kallenavn, samt – fra og med 2003 – søkbart saksgangsnummer i Lovdata</i>	<i>Henvist her i avhandlingen på side</i>
Rt 1836 s 195		216
Rt 1838 s 233		216
Rt 1915 s 435	Søberg-dommen, [plenum, dissens 11–6]	197
Rt 1916 s 648	sterilitetsdom I [dissens 4–3]	202, 302, 303
Rt 1921 s 406	sterilitetsdom II [dissens 5–2]	202, 302
Rt 1925 s 896	Ekebergbaneskjønnet-dommen	260
Rt 1927 s 821	Forenede Papirfabrikker-dommen	205, 218, 297
Rt 1933 s 548	Raadhusospits-dommen	260–61
Rt 1933 s 1132	hakekorsflaggdommen [dissens 6–1]	190
Rt 1934 s 997	[refusjonsplikt for anlegg av vei, plenum, dissens 14–7]	239
Rt 1946 s 198	Klinge-kjennelsen [plenum, dissens 9–4]	219
Rt 1948 s 928	[tilbakevirkende inndragning, plenum]	219
Rt 1951 s 19	Mortvedt-dommen	69, 188, 192, 234, 238, 242, 258–63
Rt 1952 s 989	telefonsjikanekjennelsen	296, 306, 317
Rt 1952 s 1217	To mistenkelige personer-dommen [dissens 4–1]	312
Rt 1957 s 1190	Seljelid-dommen	259
Rt 1958 s 479	Sangen om den røde rubin-dommen	190
Rt 1959 s 431	Sexus-dommen	190
Rt 1961 s 98	stolpegrunndommen [dissens 4–1]	302–4
Rt 1961 s 1049	huttiheitadommen	259
Rt 1965 s 607	farskapspresumsjonsdommen [dissens 3–2]	221–22, 302, 305
Rt 1970 s 67	strandplanlovdommen [plenum]	275
Rt 1973 s 153	[lovlighet av forelegg etter Plan- og bygningsloven]	261
Rt 1973 s 433	passbåtkjennelsen	298
Rt 1973 s 460	fjærkrefarmdommen [dissens 4–1]	261

Rt 1976 s 1	Kløfta-dommen [plenum, dissens 10–7]	275
Rt 1976 s 1019	Wiik-dommen	271–72
Rt 1978 s 268	Skjerve søndre-dommen	256
Rt 1979 s 1079	sinssykes ankerett-kjennelsen	302, 304
Rt 1981 s 21	den første Alta-demonstrantkjennelsen	191
Rt 1981 s 745	Isene-dommen	265
Rt 1982 s 745	Nagell-Erichsen-dommen	166, 169, 271, 302, 304–5, 317
Rt 1983 s 1004	Børre Knudsen-dommen	122, 191, 200–1, 295, 308, 311
Rt 1984 s 28	Tromsø Sparebank-dommen	221, 223–24
Rt 1984 s 1076	etterforskning med provokasjonstilsnitt-dommen	308
Rt 1984 s 1425	nødtestamentdommen [dissens 3–2]	221, 223–24
Rt 1985 s 290	Birgo-dommen	278
Rt 1985 s 1291	[ektepakt: avtalelempning]	251
Rt 1986 s 1210	Norske Fjellhus-dommen	308
Rt 1987 s 35	Eltema-dommen	305
Rt 1987 s 422	Karasjoksalg-dommen	196
Rt 1988 s 56	Rødland-dommen	199
Rt 1988 s 161	Opstad Vestre-dommen	256
Rt 1988 s 276	Røstad-dommen [plenum, dissens 11–6]	244, 249
Rt 1988 s 295	Skjelsvik-dommen [plenum, dissens 11–6]	244
Rt 1988 s 959	barkeeperdommen	239
Rt 1988 s 1078	Skipsgaranti-dommen	196
Rt 1990 s 94	tvangsauksjonsdommen	198
Rt 1990 s 278	Taen Indregård-dommen	199
Rt 1990 s 284	Selsbakk-dommen [plenum, dissens 9–8]	245
Rt 1990 s 500	Periscopus-dommen	248
Rt 1990 s 768	HIV-smitte-dommen	305, 306
Rt 1990 s 874	Fusa-dommen	238, 275, 276–77
Rt 1990 s 1094	[ektepakt: avtalelempning]	251–52
Rt 1991 s 616	gatekjøkkenkjennelsen	308
Rt 1991 s 973	[sikring etter Strl § 39; domstolenes prøvelsesrett]	264
Rt 1993 s 1201	lettbetongblokkdommen	191
Rt 1993 s 1497	fellesgjeldfortielsesdommen [dissens 4–1]	248
Rt 1994 s 610	bølgepappkjennelsen	330, 333
Rt 1994 s 1447	Huseby-Flatås Utbyggingssselskap-kjennelsen	300
Rt 1994 s 1610	piratdekoderdommen [dissens 3–2]	290
Rt 1995 s 35	smarkortdommen [dissens 3–2]	296
Rt 1995 s 46	[NL 5-1-2: mod ... Ærbarhed]	196
Rt 1995 s 72	[utvisning av straffedømt]	236, 270
Rt 1995 s 109	Det Glade Vanvidd-dommen	194
Rt 1995 s 896	Rockocco-dommen	299
Rt 1995 s 1427	Nysætervatnet naturreservat-dommen [dissens 4–1]	270
Rt 1995 s 1540	DnB Boligkreditt-dommen [dissens 4–1]	248, 297–98
Rt 1995 s 1734	elvebåtdommen [dissens 4–1]	298

Rt 1996 s 551	[utvisning av straffedømt]	236, 337, 341
Rt 1996 s 561	[utvisning av straffedømt]	338
Rt 1996 s 568	[utvisning av straffedømt]	338
Rt 1996 s 1415	Borthen-dommen [plenum, begrunnelsesdissenser]	273–74
Rt 1996 s 1440	Thunheim-dommen [plenum, dissens 16–1; begrunnelsesdissenser]	273–74
Rt 1996 s 1510	[utvisning av straffedømt, dissens 3–2]	338
Rt 1997 s 374	tilknytningsavgiftdommen	264, 265, 300, 305
Rt 1997 s 580	OFS-dommen	327–28, 334
Rt 1997 s 1050	Momentum-dommen [dissens 3–2]	299–300
Rt 1997 s 1330	ANS Eiendomsparat Drammensveien 41-dommen	199–200
Rt 1997 s 1784	bortfall av bosettingstillatelse-dommen [dissens 3–2]	234–35, 264, 266–67
Rt 1997 s 1821	Kjuus-kjennelsen [plenum, dissens 12–5]]	107, 275, 321, 328, 330, 334
Rt 1998 s 989	Fearney & Eger-dommen	278
Rt 1998 s 1795	utvisning av straffedømt-dommen	235, 268, 270, 338, 340
Rt 1998 s 1971	portscannerdommen [dissens 3–2]	296
Rt 1999 s 177	[familierett: skeivdeling]	253
Rt 1999 s 718	[ektepakt: avtalelempning]	252
Rt 1999 s 922	Salhus Flytebro	248
Rt 1999 s 961	rest-Jugoslavia-kjennelsen [begrunnelsesdissens 4–1]	334, 338
Rt 2000 s 591	forholdsmessighetsvurderingsdommen [dissens 3–2; 4–1]	235–36, 339–40
Rt 2000 s 646	Sandsdalen-dommen	190
Rt 2000 s 806	Hol kommune-dommen [Avtl § 36]	248
Rt 2000 s 996	«Forhøyet tilleggsskatt=straffesiktelse»-dommen (Böhler-dommen) [plenum]	334–35
Rt 2000 s 1634	Store Døvik-dommen	165, 187, 256–57
Rt 2000 s 1811	Finanger I-dommen [plenum, dissenser 10–5 og 8–7]	330
Rt 2001 s 640	Alst-dommen	258, 272
Rt 2001 s 995	dom for realiteten-kjennelsen	310
Rt 2001 s 1580	Slåtto Husbygg [begrunnelsesdissens 4–1]	278
Rt 2002 s 71	rentedommen	307
Rt 2002 s 271	Greenpeace-kjennelsen	340
Rt 2002 s 1596	[familierett: skeivdeling]	253
Rt 2003 s 359	HR-2002-00769, dobbeltstraffgjenopptaking-kjennelsen [plenum]	335
Rt 2003 s 1132	HR-2002-01684a, Norrønafløy AS	248
Rt Rt 2004 s 108	HR-2004-00143 A [familierett: skeivdeling] [dissens 4–1]	253
Rt 2004 s 536	HR-2004-00612-A, Soltun-dommen	256, 257
Rt 2004 s 1092	HR-2004-01128-A, Sør-Senja-dommen	216, 277–78
Rt 2004 s 1331	HR-2004-01486-A, Aker Maritime ASA-dommen	272–73
Rt 2004 s 1582	HR-2004-01775-A, [NL 5-1-2: mod ... Ærbarhed]	196, 209
Rt 2004 s 1695	HR-2004-01863-A, Ryfylke-dommen	195
Rt 2004 s 1737	HR-2004-01889-A, TV Vest-dommen	340

Rt 2004 s 1887	HR-2004-02014-A, Multiconsult-dommen	250
Rt 2004 s 2015	HR-2004-02122-A, gymmlærerdømmen [dissens 3–2]	217
Rt 2005 s 229	HR-2005-00374-A, [utvisning av straffedømt]	340
Rt 2005 s 833	HR-2005-01014-A, barnesexkjennelsen [plenum, begrunnelsesdissens 15–2]	335–36
Rt 2005 s 887	HR-2005-01047-A, [erstatningsrett: bilansvar, avkortning]	250
Rt 2005 s 1515	HR-2005-01811-A, Hilleren-dommen	165, 256
Rt 2006 s 168	HR-2006-00277-A, [ektepakt: avtalelempning]	253
Rt 2006 s 179	HR-2006-00299-A, støvlethældømmen [dissens 3–2]	254
Rt 2006 s 328	HR-2006-00431-A, [NL 5-1-2: mod ... Ærbarhed]	196
Rt 2006 s 486	HR-2006-00731-A, Gardermoen-dommen	255
Rt 2006 s 1232	HR-2006-01761-A, Telenor Eiendom Holding-dommen	195
Rt 2006 s 1409	HR-2006-01893-P, [skatt: dobbeltstraff, Prot. 7 art 4, plenum, dissens 14–1]	336
Rt 2007 s 667	HR-2007-00798-A, [utvisning etter Utlendl § 30(2)]	236, 340
Rt 2007 s 862	HR-2007-00981-A, [entreprise: Avtl § 36]	217
Rt 2008 s 513	HR-2008-681-A, Dar-kjennelsen	336–37
Rt 2008 s 681	HR-2008-896-A, [Utlendl § 8(29)]	235, 267

3.2 Høyesteretts kjæremålsutvalg (KMU): trykte kjennelser

Sidehenvisning i Rt *Uoffisielt kallenavn, samt – fra og med 2003 – søkbart saksgangsnummer i Lovdata* *Henvist her i avhandlingen på side*

Rt 1991 s 1375		279
Rt 1995 s 738	Norsk Fett- & Limindustri-kjennelsen	264
Rt 1997 s 1274		279
Rt 2003 s 1287	HR-2003-01180-1 [Utlendl § 8(2)]	235
Rt 2004 s 1706	HR-2004-01879-U	279

4 Henvisninger til dommer og uttalelser fra Den Europeiske Menneskerettsdomstol

<i>D=dom</i>	<i>Klagenummer</i>	<i>Sakens parter</i>	<i>Henvist her i avhandlingen på side</i>
<i>A=avvisningsbeslutning</i>			
7.12.1976 D	5493/72	Handyside mot England	339
14.9.2004 A	EMD-2000-60619	Rosenquist mot Sverige	330
4.2.2005 D	EMD-1999-46827-2	Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia	337

5 Henvisninger til utenlandske dommer og dommer fra ICJ

5.1 Dommer fra Danmarks Højesteret

Domsdato, dommens publikasjonsdata og kallenavn

Henvist her i avhandlingen på side
143, 308, 311

19.2.1999, UfR 1999 s 841–51, Tvind-dommen

5.2 Dommer mv fra International Court of Justice (ICJ), Haag

Domsdato; publikasjonsdata; kallenavn; sakens parter

Henvist her i avhandlingen på side

5.2.1970, ICJ Reports 1970 s 3–357, Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Second Phase), Belgia mot Spania

330–31

8.7.1996, ICJ Reports 1996 s 226. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, [Advisory Opinion]

117

9.7.2004, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, [Advisory Opinion]

331

6 Henvisninger til norske offentlige utredninger mv

Offisielt navn; avgivelsesår; [kallenavn her i avhandlingen]

Henvist her i avhandlingen på side

Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning (Forvaltningskomiteen), Oslo 1958, [Forvaltningslovutredningen 1958]

232, 259–61, 309–10

NOU 1972: 22 Sivilløvbokutvalet Rådsegn 10

255–56

NOU 1979: 32 Formuerettslig lempningsregel

195, 242–43

NOU 1983: 47 Ny fremmedlov

234

NOU 1987: 30 Innstilling til ny ekteskapslov del II

251, 253

NOU 1991: 24 Organisering for helhet og mangfold i norsk forskning

42–43, 46

NOU 1992: 29 Lov om aksjeselskaper

207

NOU 1992: 32 Bedre struktur i lovverket

31

Dokument nr 15 (1995–96) Rapport til Stortinget fra kommisjonen som ble nedsatt av Stortinget for å granske påstander om ulovlig overvåking av norske borgere, [Lund-rapporten]

315

NOU 2001: 32 Rett på sak : Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

279

NOU 2003: 19 Makt og demokrati : Sluttrapport fra Makt- og demokratiutredningen	213, 349, 350
NOU 2003: 26 Om odels- og åsetesretten	257
NOU 2004: 20 Ny utlendingslov	237
NOU 2005: 1 God forskning – bedre helse	39
NOU 2006: 14 Gransking av Utlendingsdirektoratet	233
NOU 2006: 19 Akademisk frihet : Individuelle rettigheter og institusjonelle styringsbehov	36, 39–40, 51

7 Navneregister over omtalte forfattere

Aarnio, Aulis	18, 21–22, 112, 132
Albert, Hans	19
Alexy, Robert	18, 153, 280, 283–85
Alfredsson, Gudmundur	332
Andenæs, Johs.	28, 54, 74–75, 90, 91, 140, 141, 190, 225, 260–61, 275, 308
Andenæs, Kristian	54–55, 62, 75, 237
Andenæs, Mads Henry	90–91, 225
Andersen, Kristen	5, 73
Aquinas, Thomas	17, 139
Aristoteles	17, 19, 87, 166–67, 193, 326
Arnholm, Carl Jacob	73, 101–2, 147, 222, 280
Asheim, Olav; Brede, Kolbein; og Thommessen, Bjørn	24
Askeland, Bjarte	224, 302
Aubert, Vilhelm	73, 92, 93, 97–98, 168, 314
Augdahl, Per	89, 90–91, 103–5, 113, 115, 125–26, 129, 130, 135, 171–72, 173, 216–17, 219
Backer, Finn	275
Backer, Inge Lorange	4–5
Baune, Øyvind	16, 17, 23, 24, 41, 79, 356
Bentzon, Viggo	90, 103
Berg, Jens Petter	9, 189, 191, 315, 335, 351,
Berg, Paal	197–98, 255
Berger, Peter; og Luckmann, Thomas	189
Bergo, Knut	3, 6, 63, 106, 127, 146
Bergsåker, Trygve	241
Bernt, Jan Fridthjof	33, 89, 224, 226, 237, 261–63, 269, 293, 309, 355
Bernt, Jan Fridthjof; og Doublet, David R.	1, 6, 20–21, 35, 53, 76, 105–6, 122, 125–26, 129, 226, 293
Bernt, Jan Fridthjof; og Rasmussen, Ørnulf	192, 269
Bing, Jon	56
Bjarup, Jes	134

- Björne, Lars 28, 100, 215
Blandhol, Sverre 3, 71, 72, 81, 127
Blume, Peter 158, 167
Bobbio, Norberto 24, 92
Boe, Erik 28, 52, 90, 91, 105, 120, 130, 224, 261–63, 268–69, 270, 271, 309
BonJour, Lawrence 176
Brems, Eva 332
Brownlie, Ian 330
Bråthen, Tore 208
Bugge, Hans Christian 281
Cassese, Antonio 330, 331, 332
Castberg, Frede 103–3, 124, 129–30, 147, 157, 192, 259–60, 280, 345
Dalberg-Larsen, Jørgen 81, 114, 134, 146, 147, 313
Dancy, Jonathan 17, 18, 42, 155, 290, 344
Doublet, David R. 3, 6, 56, 114, 180
Doublet, David R.; og Bernt, Jan Fridthjof 1, 6–7, 12, 20–21, 35–36, 53, 76, 105–6, 121–23, 125–26, 129–30, 226, 293
Dworkin, Ronald 42, 45, 152
Eckhoff, Torstein 1–7, 12, 13, 35, 73, 74, 81, 88, 92, 102–3, 106–7, 113, 118–20, 125, 126–28, 134, 140, 147, 148–51, 158, 173–74, 183, 192, 219–20, 225–28, 239, 259, 263–68, 270, 280–81, 289, 291
Eckhoff, Torstein; og Smith, Eivind 193, 263–68, 270
Eckhoff, Torstein; og Sundby, Nils Kristian 5, 6, 58, 120, 149–51
Eggen, Kyrre 338
Eide, Asbjørn 332
Eikeland, Olav 87–88
Ekelöf, Per Olof 70–71, 102
Eng, Svein 3, 16–19, 22–25, 34, 65, 120, 170, 231, 281, 355
Engelstad, Fredrik 96, 109, 349
Eskeland, Ståle 117, 190, 276
Evald, Jens 81, 114, 115, 124, 147
Evju, Stein 29
Falkanger, Thor 199, 255
Falkanger, Aage Thor 130
Fenger, Ole 28, 217
Feyerabend, Paul 67
Fivelsdal, Egil 109
Fjeld, Tove Vatvedt 98, 231
Fjelland, Ragnar 10, 19, 24
Fleischer, Carl August 90, 91, 126, 219, 225, 226, 275
Frändberg, Åke 132–33
Fuller, Lon L. 143–44, 168
Fæhn, Erik Friis 3, 6, 106, 127–28

- Føllesdal, Andreas 178, 356
Føllesdal, Dagfinn; og Walløe, Lars 19, 24, 77–78, 109, 356
Gert, Bernard 345, 346
Gewirth, Alan 345–46
Glanzberg, Michael 17
Graver, Hans Petter 55–56, 75–76, 135–36, 193, 194, 211, 225, 228, 233, 259, 355
Grimen, Harald 43, 65, 109
Grønmo, Sigmund 47, 86
Gullvåg, Ingemund 10
Gustavsen, Bjørn; og Sørensen, Bjørg Aase 87
Gøtze, Michael 192
Habermas, Jürgen 18, 25, 93, 114, 155–57, 181, 285–86
Hagerup, Francis 102, 173
Hagstrøm, Viggo 243
Hagstrøm, Viggo; og Aarbakke, Magnus 243, 278, 279
Halvorsen, Marit 116
Halvorsen, Vidar 109
Hansson, Sven Ove 324
Harhoff, Frederik 145
Hart, H. L. A. 141–44, 147, 151, 152, 168
Hastrup, Kirsten 86
Hauge, Ragnar 190
Hedenius, Ingemar 154–55, 157
Helgesen, Jan E. 29
Hellner, Jan 115, 132
Hellum, Anne 3, 157
Helset, Per 29
Hennum, Ragnhild 56
Henrichsen, Carsten 10–11
Herrestad, Henning 3, 56
Hilpinen, Risto 25
Hiorthøy, Finn 261
Hoel, G. Astrup 3, 157, 355
Holst, Cathrine 325
Hooker, Brad 153
Horwich, Paul 114
Hov, Jo 195, 197, 240, 248
Husabø, Erling Johannes 190
Huser, Kristian 28
Hägerström, Axel 69–70, 112, 114, 148, 152, 154, 288, 355
Høgberg, Alf Petter 65, 227
Høilund, Peter 114

- Jacobsen, Jørn RT 190
Jareborg, Nils 43, 93, 132, 281, 355
Johansen, Kjell Eyvind; og Vetlesen, Arne Johan 152
Johnsen, Jon T. 54, 75
Jørgensen, Stig 133
Kalleberg, Ragnvald 87
Kant, Immanuel 17, 26, 93, 170–71, 175, 285, 287–88, 316, 322, 344, 353, 354
Kaufmann, Arthur 215
Kelsen, Hans 24, 69, 80, 100, 124, 141–43, 147, 151–52, 176
Kinander, Morten 3, 6, 56, 107, 128–29, 227, 228, 289
Kjellefold, Alice 237
Kjønstad, Asbjørn 40, 54–55, 116, 219, 228, 237, 274–75
Kjønstad, Asbjørn; og Syse, Aslak 237
Knoph, Ragnar 58, 147, 191, 192, 241, 273
Kolflaath, Eivind 23
Koskenniemi, Martti 95
Kosko, Bart 85
Krogh, Christen 3
Krogh, Thomas 96, 106
Kruse, Frederik Vinding 24, 81, 89–90, 113, 115, 124
Krüger, Kai 90, 224
Kuhn, Thomas S. 20–22, 46, 47, 67–69
Kvisli, Kåre H. 195
Kymlicka, Will 181, 285
Larenz, Karl 28
Lassen, Birger Stuevold 32
Lauridsen, Preben Stuer 42, 45–46, 72–73, 114, 123, 134, 226
Leer-Salvesen, Paul 190
Lehrer, Keith 17
Leiter, Brian 153, 128
Lilleholt, Kåre 106
Lind, Johan 133
Lindahl, Lars 17
Lindholm, Tore 322
Lorenzen, Peer 311
Losee, John 46
Lund, Ketil 189, 315
Lunde, Tore 294
Lyons, David 140–41
Lødrup, Peter 105, 223, 251–52
Lødrup, Peter; og Sverdrup, Tone 253
MacCormick, Neil 355
Manshaus, Halvor 138

- Mathiesen, Thomas 87–88, 168, 191, 313–15
Maus, Heinz; og Fürstenberg, Friedrich (red) 109
Mayer-Maly, Theo 214
Merton, Robert K. 5, 45, 69, 80, 83–89, 117–18, 135
Michalsen, Dag 292
Mikkola, Matti 76
Miller, Alexander 153
Minda, Gary 68
Modéer, Kjell Å. 145
Moe, Ernst 240–41
Montesquieu, Charles de Secondat 215
Myrdal, Gunnar 71, 73, 80, 100, 117
Mæhle, Synne Sæther 3, 6, 66, 107–8, 129, 274, 275
Nesland, Erik M. 3, 100
Norris, Christopher 69
Nozick, Robert 242, 325
Nussbaum, Martha C. 326
Nydal, Rune 67
Nygaard, Nils 90, 92, 173, 190, 197, 225, 293, 300, 305
Nystuen, Gro 330
Næss, Arne 6, 16–17, 24, 43, 46, 88
Odberg, Per 274
Ofstad, Harald 147, 285
Olivecrona, Karl 70, 112, 131
Olsen, Henrik Palmer 146, 346
Orwell, George 322
Opsahl, Torkel 320
Patterson, Dennis 153
Peczenik, Aleksander 6, 11, 17, 18, 133, 143, 145, 161, 226, 282–83
Petersen, Thomas Søbirk 72
Pettit, Philip 348
Philipse, Herman 26–27
Platou, Oscar 101, 103, 125, 173, 215, 292–93
Pogge, Thomas W. 178
Popper, Karl 26, 45, 49, 67, 82, 97, 109, 175
Putnam, Hilary 164
Rachels, James 288
Radbruch, Gustav 143, 145, 214
Ragazzi, Maurizio 330
Railton, Peter 153
Raisch, Peter 28
Rawls, John 13, 162, 177–80, 210, 211, 285, 316, 322
Robberstad, Anne 130

- Robberstad, Knut 139, 217
Rodhe, Knut 70
Ross, Alf 1, 6–8, 12, 17, 24, 35–37, 42, 54, 65, 70–75, 78, 80–82, 89–90, 93, 95,
100–104, 111–20, 123, 124–30, 131–36, 147–49, 152, 167–68, 215, 226, 227,
255, 285, 288–89, 290, 291, 353, 355
Ross, William David 282, 290
Ruud, Morten; og Ulfstein, Geir 117, 330, 331
Ruyter, Knut W. 38, 116
Ryssdal, Anders Chr. Stray 3
Röhl, Klaus F. 96, 109, 139
Samnøy, Åshild 332
Sand, Inger-Johanne 3, 137
Sandgren, Claes 50
Sayre-McCord, Geoffrey 152, 153
Schartum, Dag W. 3
Scheel, Herman 100–103, 125, 146
Schei, Tore 279
Schwebel, Stephen M. 351
Schaanning, Espen 190
Searle, John R. 85, 114, 155
Sen, Amartya 324–26
Simonsen, Lasse 195–96, 197, 242
Skeie, Jon 140, 260, 309, 310
Skjervheim, Hans 86, 96
Skoghøy, Jens Edvin 90, 91, 172, 224, 225, 235, 293
Smith, Carsten 249, 271, 275, 307, 354
Smith, Eivind 193, 263–68, 270, 275
Somby, Ånde 3, 225
Stabell, Tolle 310
Stang, Fredrik 147, 173, 303
Stenseth, Geir 353
Stordrange, Bjørn 307
Strömholm, Stig 66, 132, 147
Strømø, Hanne E. 3
Stubberud, Jørgen 71
Sundby, Nils Kristian 3, 5–6, 16, 23, 30, 55, 58, 62, 65, 97, 98, 105, 127–28,
151, 231, 280–81
Sunde, Jørn Øyrehagen 3, 167, 217
Sverdrup, Tone 253
Syse, Aslak 116, 237, 277
Sæbø, Rune 241, 302
Taylor, Charles 323
Thommessen, Bjørn; og Wetlesen, Jon 152, 153, 154

- Thue, Fredrik W. 73
Thue, Helge J. 72–73, 180
Torsvik, Gaute 44
Torvund, Olav 29, 225
Tranøy, Knut Erik 40, 42, 45, 50–51, 83, 93, 155–57, 181–82, 286, 287, 400
Truyen, Filip 207
Tuori, Kaarlo 66, 189
Tørum, A. Bjøranger 195
Uggerud, Ken 29, 236
Ulfstein, Geir 117, 330, 331
Weber, Max 54, 69, 73, 80, 82–83, 93, 96, 97, 100, 109–111, 121, 354
Weinberger, Ota 355
Westerlund, Staffan 21
Wetlesen, Jon 152, 153–54, 166, 175, 287–88, 322
Wilhelmsen, Trine-Lise 75
Wittgenstein, Ludwig 18–19, 181, 182
Wold, Terje 148, 345
Wormnæs, Odd 109
Woxholth, Geir 248, 298
Wright, Georg Henrik von 85, 154, 157
Wyller, Truls 152, 155, 156–57, 170–71, 175, 286, 288, 289, 323, 400
Zahle, Henrik 82, 95, 134
Zimmer, Frederik 194, 195
Øfsti, Audun 67
Aall, Hermann Harris 3
Aall, Jørgen 338–40
Aarbakke, Magnus 29, 73, 243, 278, 279, 355
Aasen, Henriette Sinding 116
Aasland, Gunnar 305, 307–308

Vedlegg: Bedømmelseskomiteens innstilling 7.5.2008

Innstilling til Jens Petter Bergs avhandling "Vitenskapsteoretiske og moralfilosofiske grunnproblemer i en postrettsrealistisk norsk rettsvitenskap" for dr. juris grad

I brev av 1/11 2007 søkte cand. jur. Jens Petter Berg i brev til Det juridiske fakultet i Oslo av om å få sin avhandling "Vitenskapsteoretiske og moralfilosofiske grunnproblemer i en postrettsrealistisk norsk rettsvitenskap" vurdert for den juridiske doktorgrad. Den 2/1 2008 ble følgende komité oppnevnt: Professor Eva-Maria Svensson (Göteborg), Hans Petter Graver (Oslo) og Dag Michalsen (Oslo). Med dette leverer vi vår enstemmige innstilling.

Jens Petter Bergs avhandling er delt i to hoveddeler der den ene omhandler sentrale temaer i rettsvitenskapens teori, særlig spørsmålet om på hvilken måte man kan snakke om rettsvitenskap som vitenskap (kapittel 2) og der den andre delen reiser spørsmål om forholdet mellom rett og moral (kapittel 3). Allment mener Berg at den rettsvitenskapsteoretiske modell han lanserer i kapittel 2 vil gjøre det mulig å håndtere den nære sammenheng som han i kapittel 3 fremholder finnes mellom rett og moral i det rettsvitenskapelige og juridiske arbeidet.

Bergs avhandling er på mange måter et program for en mer teoretisk og moralsk bevisst rettsvitenskap. Den har en konsistent og distinkt argumentasjon ut fra de premisser som legges til grunn. Debatten blir om disse premissene er holdbare og henger slik sammen som doktoranden fremholder. Det er også en ganske dristig avhandling for så vidt som hans program stiller normative krav overfor rettsvitenskapelig forskning overhodet. Den nøyer seg ikke bare med å gi deskriptive analyser av rettsvitenskapelig aktivitet og rettslige fenomener, men han tar aktiv stilling til karakteren av vår tids rettsvitenskap. Alt dette er det verdt å gi honnør for. Avhandlingen slutter seg også til den lange rekken av rettsfilosofisk orienterte avhandlinger som er kommet i norsk rettsvitenskap side 1990-tallets begynnelse og som på ulike måter har forholdt seg kritisk til det rettsrealistiske prosjekt, i Norge særlig personifisert i Torstein Eckhoff. Tittelen på Bergs avhandling ("i en postrettsrealistisk norsk rettsvitenskap") viser også dette perspektivet tydelig.

Bergs avhandling er bygget opp omkring to vitenskapsteoretiske og to moralfilosofiske "grunnantakelser" (se straks om disse nedenfor). Med "grunnantakelse" sikter Berg til et "argumentativt begrunnbart standpunkt til et vitenskapsteoretisk, filosofisk eller allment rettsteoretisk grunnproblem i norsk rettsvitenskap" (s. 20). De fire grunnantakelser han formulerer og begrunner er ment å utgjøre premisser for å få en "bedre forståelse av rettsvitenskapen, rettsordningen og rettsanvendelsen i Norge" (s 21).

Grunnantakelsene er ikke ment å gi uttrykk for noe faktisk forekommende i norsk rettsvitenskap og avhandlingen er ikke empirisk i denne forstand av ordet. Avhandlingens metodiske grunnlag ligger snarere i kombinasjonen av det begrepsapparat som Berg bygger opp rundt de fire grunnantakelser og det empiriske materialet - stort sett allmenn teoretisk litteratur, rettsvitenskapelig litteratur og en god del dommer (til kapittel 3) – som er utgangspunkt for drøftelsene av grunnantakelsene. Det er også store innslag av begrunnede normative tilnærminger til rettsvitenskap og juridisk arbeid mer allment.

Avhandlingen er i all hovedsak begrenset til norske forhold. Det er norsk rettsvitenskaps teoridiskusjoner og norsk rettspraksis som står i fokus. Mot dette kan det kanskje kunne rettes kritikk, men komiteen innser at avhandlingens tematikk lar seg meget godt drøfte på grunnlag av det fremlagte materialet. Dessuten er 'norsk' ingen entydig størrelse i Bergs avhandling for så vidt som de teoretiske problemstillingene selvsagt ikke er begrenset til norske forhold, noe Berg også viser ved å trekke inn en god del internasjonal litteratur som har vært viktig for de norske debattene og som dessuten er tilpasset de temaer som analyseres i avhandlingen. For noen drøftelser kan imidlertid komiteen savne nordisk komparasjon. Dette gjelder for eksempel i kapittel 2.2. som dreier seg om vitenskapelighetsnormer, også i tilknytning til bedømmelser av juridiske avhandlinger, og der sammenligninger hadde kunnet være fruktbart også som følge av den praksis å bruke bedømmere fra andre nordiske land. Det nordiske teoritilfanget gjenspeiles derved ikke i en nordisk sammenligning av akademisk praksis. Ett annet forhold som tidvis burde ha vært drøftet tydeligere gjelder utvalget av litteratur og Berg kunne godt ha brukt noe større plass på å begrunne de forskjellige teoretikernes representativitet (som i kapittel 3.3).

Avhandlingens gjenstand er rettsvitenskapen. Likevel er det slik at mens kapittel 2 uttrykkelig dreier seg om krav til rettsvitenskapen, dreier kapittel 3 seg om krav til den materielle retten, og har derfor en annen normativ karakter. Det er uklart hvordan de to knipper av antakelser henger sammen, og om doktoranden vil hevde at en rettsvitenskap må akseptere hans moralske krav til retten for å kunne karakteriseres som rettsvitenskap, dvs. hva slags status hans moralske krav til retten har ut fra et vitenskapelig perspektiv. Koblingen til rettsvitenskapen kan også gi grunn til å spørre om hans moralske krav som påberopes har en vitenskapelig forankring. Dermed blir det uklart hva slags status hans grunnantakelser har. Selv om separasjonstesen om skillet mellom rett og moral var en viktig del av rettsrealistenes rettsteoretiske posisjon, er den uttrykk for et syn på retten som ikke er begrenset til rettsvitenskapen, og som i dag ikke først og fremst har sin forankring i denne. Med den kvantitative plass avhandlingen gir rent moralske krav til retten kan man derfor spørre om ikke avhandlingens tittel og presentasjon innledningsvis blir nokså misvisende, idet avhandlingen vesentlig handler om påståtte grunnproblemer for tidens oppfatning om retten mer

generelt sett, og mindre om rettsvitenskapens særlige utfordringer og problemer.

Avhandlingens drøftelser, særlig av de moralske kravene til retten og til menneskerettighetenes gjennomslagskraft er etter komiteens mening gjennomgående noe ensidig. Selv om det til dels dreier seg om problemstillinger som er behandlet som positivrettslige spørsmål både i teori og rettspraksis, forholder den seg i liten grad til de motargumenter som er fremført her, og det mangler sentrale referanser om disse spørsmålene i litteraturlisten.

Komiteen har forøvrig ingen vesentlige innvendinger mot avhandlingens opplegg og den metode som Berg følger for å drøfte de spørsmål han reiser er stort sett tilfredsstillende. Berg har gjennomgående presise problemstillinger, han angir materialet for drøftelsene på en grei måte, hans drøftelser er konsise og det er sammenheng mellom problemstilling og hans konklusjoner og sammenfatninger. Komiteen legger også vekt på at det stort sett ikke forekommer unødige deskriptive referater eller annet overflødig materiale for det formål som Berg har satt seg. Avhandlingens empiriske basis siteres og anvendes på presise og opplysende måter. Utover dette vil komiteen alt i alt positivt fremheve de formelle sidene av avhandlingen.

I kapittel 2 drøftes følgende to vitenskapsteoretiske grunnantakelser: (1) ”Den metodologiske vitenskapelighetsnorm for rettsvitenskapelig forskning må formuleres som et krav om (i) analytisk sjølstendighet og argumentativt etterprøvable holdbarhet i forhold til oppnådde resultater, og (ii) tilstrekkelig beherskelse av forskningsmetode og forskningsteori (s. 33)” og (2) ”Det overordnede forskningsidealet for rettsvitenskaper må være å utøve verdi- og argumenttransparent forskningsaktivitet, det vil si å tydeliggjøre (i) verdimeslige forutsetninger, verdivalg og verdievaluerende synspunkter, og (ii) normforeskrivende elementer, i alle ytringer om gjeldende rett og den juridiske argumentasjonsteorien” (s. 64).

Samlet er det Bergs mål å vise hvordan rettsvitenskapen både i kraft av sitt empiriske materiale, sine tolkningsmetoder og sin sosiale rolle i retts-samfunnet ikke kan være verdifri på noe måte. Målet er her ikke å fremme bestemte materielle verdier, bare å klarlegge på ulike måter at rettsvitenskapelig aktivitet er en verdiaktivitet. Berg selv fremholder at dette standpunktet selvsagt ikke er nytt, men komiteen legger vekt på at Bergs analyser er interessante og insisterende og at han følgelig klart bidrar til debatten om rettsvitenskapens karakter.

Den første grunnantakelsen drøftes i kapittel 2.2. Det tas der bl.a. utgangspunkt i kravene til dr. gradsreglementet ved Det juridiske fakultet i Oslo og i andre vitenskapelighetsnormer som er oppstilt både nasjonalt og internasjonalt. Dette drøftes på en god måte, om enn Berg nok har en tendens til å anse de motargumenter han selv stiller opp mot sin egen antakelse for å være motbevist litt for raskt (se for eksempel s. 54-55 om irrasjonelle trekk ved vitenskapssamfunnet som nok kunne fortjene en noe mer inngående drøftelse enn her). Drøftelsen til den andre grunnantakelsen er god (se kapittel 2.3.). Sentralt der står en analyse av hans eget kriterium ”verdi- og

argumenttransparent forskningsaktivitet” som konfronteres med ulike teoretikere. Det utvalg av forfattere som Berg diskuterer dette kriteriet med er etter komiteens mening greit, og han gir også bidrag til den debatten om karakteren av Eckhoffs rettsvitenskapsmodell og betydningen av verdiene der. Nyhetselementet ligger først og fremst i den måten temaene drøftes og de forfattere som trekkes inn.

I kapittel 3 oppstiller Berg sine to moralfilosofiske grunnantakelsene. Den første angår det han kaller grunnantakelsen om ”formell sammenheng mellom rett og moral”, nemlig at ”en urimelig (urettferdig) løsning av et rettsspørsmål ikke kan regnes som gjeldende rett” (s. 130). Den moralfilosofiske grunnantakelse nr 2 angår den materielle sammenheng mellom rett og moral: ”En rettsavgjørelse som (i) ikke er forenlig med de internasjonale menneskerettighetene eller (ii) ikke fremmer gjennomføringen av dem, kan ikke regnes som gjeldende rett.” (s. 255). Kapittel 3 er avhandlingens mest omfattende og innholdsmessig det viktigste, og det inneholder en rekke interessante synspunkter på det vanskelige og alltid tilbakevendende tema om koblingene mellom rett og moral. Berg går meget langt i sin avvisning av separasjonstesen og sitt forsvar for sammenhengstesen. Han trekker også en rekke normative konsekvenser av sammenhengstesen for det juridiske arbeid og den praktiske rettsanvendelse.

Etter komiteens mening er dette kapittelet også avhandlingens mest problematiske. Komiteen har innvendinger mot en del av de distinksjoner og begrepsdannelser som Berg bygger på. Den har også – som nevnt over – innvendinger mot en del av de tolkinger som gjøres av betydningen av EMK. Men denne innstillingen er ikke det rette stedet for en detaljert gjennomgang av en slik kritikk som vil bli fremført til debatt på disputas. Samlet mener komiteen likevel at Bergs tilnærming bringer nye perspektiver inn i den rettsteoretiske debatten i Norge.

I kapittel 3.1. gjøres det rede for forholdet mellom separasjonstesen og sammenhengstesen der han bl.a. begrunner sin tilslutning til sammenhengstesen, et standpunkt han betegner som svakt kognitivistisk posisjon. Med dette sikter Berg til at man kan forsvare en moralposisjon med ”rasjonelle grunner” (s. 123). Teoretisk står han her i gjeld til Habermas og de norske filosofene Knut Erik Tranøy og Truls Wyller. Egenskapen ’svak’ kognitivism fremkommer ved at han fastholder muligheten av at normative spørsmål kan være gjenstand for det han kaller ”argumentativt begrunnbare holdbarhetspretensjon”, men ikke sannhetspretensjon (s. 126). Dette teoretiske standpunktet strukturerer den videre fremstillingen.

I det meget omfangsrike kapittel 3.2. (s. 130-255) drøftes gjennom ti underavsnitt og på grunnlag av ulike typer av materiale og med en variasjon av teoretisk tilfang det Berg kaller grunnantakelsen om formell sammenheng mellom rett og moral som formuleres som ”en urimelig (urettferdig) avgjørelse av et rettsspørsmål ikke kan regnes som gjeldende rett”. Fremstillingen preges formelt av en klarhet i problemstillinger og tydelig standpunkter. Derimot vil komiteen fremheve en god del problematiske syns-

punkter som Berg bygger på. Sentralt står bl.a. en begrepsmessig likhet mellom "rettferdighet" og "rimelighet" (s. 130 flg) som ikke er tilfredsstillende godtgjort. Et annet diskutabelt trekk i dette kapitlet er at det store innslag av empirisk dokumentasjon fører til en uavklart status av hans egen teksts påstander (normativ/ deskriptiv). På den annen side gir den fyldige dokumentasjonen en interessant rettssystemforankring av spørsmålet om sammenkobling mellom rett og moral.

I kapittel 3.3 drøfter han sin andre morafilosofiske grunnantakelse: "En rettsavgjørelse som (i) ikke er forenlig med de internasjonale menneskerettighetene eller (ii) ikke fremmer gjennomføringen av dem, kan ikke regnes som gjeldende rett." Sentralt står altså den oppfatning at man i norsk rettsorden bør etablere det rettskildeprinsipp ("argumenttypenorm" i Bergs språkbruk) at rettsanvendere har plikt til å legge avgjørende vekt på om en rettsavgjørelse er forenlig med og fremmer gjennomføringen av internasjonale menneskerettigheter (se bl.a. s. 273). På bakgrunn av hans standpunkt om at gjeldende rett må underlegges en rimelighetssensur må man kunne spørre om dette også gjelder menneskerettighetene, eller om enhver tolkning av disse som internasjonale organer kommer til er unntatt fra dette kravet. I så fall er dette et standpunkt han burde ha analysert nærmere.

Generelt for kapittel 3 kan man her diskutere om Bergs standpunkter egentlig får den motargumentasjon som det fortjener og at materialet som fremlegges bare brukes bekræftende. For det andre er det også en ikke liten tillit som Berg har til de internasjonale menneskerettighetene, og drøftelsene får et vel skarpt idealistisk skjær over seg bl.a. fordi de forskjellige måtene som MR-instrumentene blir tolket på ikke blir fremstilt på en tilstrekkelig fyldig måte. Et så sterke normativt standpunkt som grunnantakelsen innebærer, hadde fortjent en viktigere argumentasjon om det sammensatte system som tolkningene av MR inngår i.

Samlet mener komiteen at Berg – tross de innvendinger som kan gjøres – har skrevet en tankevekkende avhandling som tar opp sentrale tema i den rettsteoretiske debatt. Avhandlingen bygger på et gjennomarbeidet begrepsapparat og Berg viser både den teoretiske og praktiske betydningen av rettsvitenskapsteoretiske og moralfilosofiske undersøkelser og han gir med avhandlingen interessante innspill til norsk rettsvitenskap.

Oslo og Göteborg 7. mai 2008

Hans Petter Graver (s) Eva-Maria Svensson (s) Dag Michalsen (s)

TIDLIGERE UTGITT I COMPLEX-SERIEN

CompLex er Senter for rettsinformatikk skriftserie. Serien startet i 1981, og det har blitt utgitt mer enn hundre titler. Bøkene i CompLex-serien kan bestilles fra Akademika (se bestillingsskjema bak i boken eller www.akademika.no).

2008

- 7/08 Vern av tekniske beskyttelsessystemer etter åndsverkslovens §53a
Andreas Norum NOK ???,-
- 6/08 Grunnloven § 100 (4) som hinder for bruk av midlertidige
forføyninger mot ytringer – med spesielt fokus på forestående,
antatte opphavsrettskrenkelser
Frederik Langeland NOK ???,-
- 5/08 Telekirurgi i et rettslig perspektiv – med spesiell vekt på etikk,
samtykke og ansvar
Bjørn Ivar Christie Østberg NOK 201,-
- 4/08 IT-støtte for arbeid med lovsaker
Dag Wiese Schartum NOK 144,-
- 3/08 Juristopia: Semantic Wiki for Legal Information
Ole Christian Rynning NOK 243,-
- 2/08 Electronic Contracting in Europe. Benchmarking of national contract
rules of United Kingdom, Germany, Italy and Norway in light of the
EU E-commerce Directive
Maryke Silalahi Nuth NOK 192,-
- 1/08 Internet search engines' collecting and processing of web pages
– from the perspective of copyright law
Ingvild Jørgensen NOK 165,-

2007

- 5/07 Gjennomgang av arkivretten
Martin Rødland NOK 129,-

2 Rett og rimelighet i moralsk belysning – og andre grunnproblemer i norsk rettsliv

- 4/07 Privacy & Identity Management
Thomas Olsen, Tobias Mahler, et al...... NOK 234,-
- 3/07 Personvern og transportsikkerhet
Dag Wiese Schartum..... NOK 306,-
- 2/07 ZEBLEX 06 - Tre avhandlinger om fildeling, IT-sikkerhet og e-postkontroll
Ida Otterstad, René Stub-Christiansen & Cecilie Wille Søvik..... NOK 348,-
- 1/07 Kontraktsregulering av domstolens kompetanse ved elektronisk handel
Vebjørn Krag Iversen NOK 186,-

2006

- 6/06 Lover - fra kunngjøring til hyperstrukturer: to avhandlinger
Per Marius Slagsvold & Kirill Miazine..... NOK 222,-
- 5/06 Retten til eget bilde
Maria Jongers NOK 198,-
- 4/06 Legal, Privacy, and Security Issues in Information Technology Vol. 2
Kierkegaard, Sylvia Mercado (editor)..... NOK 783,-
- 3/06 Legal, Privacy, and Security Issues in Information Technology Vol. 1
Kierkegaard, Sylvia Mercado (editor)..... NOK 918,-
- 2/06 Rettslige reguleringer av informasjonssikkerhet
Are Vegard Haug NOK 420,-
- 1/06 Anti-spam Legislation Between Privacy And Commercial Interest. An overview of the European Union legislation regarding the e-mail spam
Dana Irina Cojocarasu..... NOK 155,-

2005

- 1/05 **Renessansen som unnfanget Corpus Iuris Civilis.
Keiser Justinians gjenerobring av Romerriket**
Halvor Manshaus..... NOK 249,-
- 2/05 **Personvern og ytringsfrihet. Fotografering av siktede
i straffesaker – et vern for ytringsfrihet?**
Anette Engum..... NOK 132,-
- 3/05 **Rettigheter til geografisk informasjon.
Opphavsrett, databasevern og avtalepraksis.**
Steinar Taubøll..... NOK 206,-
- 4/05 **“The Answer to the Machine is in the Machine» and Other Collected
Writings**
Charles Clark..... NOK 401,-
- 5/05 **Digital Rights Management - Promises, Problems and Alternative
Solutions**
Kristian Syversen..... NOK 201,-
- 6/05 **DRM og Demokrati. Argumentasjoner, rettferdiggjøringer og
strategier bak endringen av åndsverksloven 2003-2005**
Jan Frode Haugseth NOK 224,-

2004

- 1/04 **Opphavsrettslige problemstillinger ved universitetene og høyskolene.
Innstilling fra immaterialrettsutvalget, oppnevnt av Universitets-
og Høgskolerådet 31. januar 2000. Avgitt til universitets- og
høgskolerådet 8. oktober 2003**
Immaterialrettsutvalget..... NOK 341,-
- 2/04 **Ansvarsfrihet for formidler ved formidling av
informasjonssamfunnstjenester**
Bård Standal NOK 311,-
- 3/04 **Arbeidsgivers adgang til å kontrollere og overvåke sine ansatte
med hovedvekt på grunnvilkårene for behandling av
personopplysninger i arbeidslivet**
Stefan Jørstad..... NOK 191,-

4 Rett og rimelighet i moralsk belysning – og andre grunnproblemer i norsk rettsliv

- 4/04 Elektroniske spor fra mobiltelefoner – om politiets bruk og
teleoperatørenes lagring av trafikkdata.
Christian Dahlgren NOK 117,-
- 5/04 International Jurisdiction and Consumers Contracts – Section 4
of the Brussels Jurisdiction Regulation.
Joakim S. T. Øren NOK 172,50
- 6/04 Elektronisk dokumentfalsk.
Lars Christian Sunde NOK 60,50

2003

- 1/03 IT i domstolene. En analyse av norske domstolars
teknologianvendelse fra 1970 til 2001
Even Nerskogen NOK 330,-
- 2/03 Hvorfor vokser Norsk Lovtidend? En empirisk analyse av veksten
Martin Støren NOK 87,-
- 3/03 Etableringslandsprinsippet. En analyse av e-handelsdirektivet art 3 og
prinsippet om fri bevegelse av tjenester ved elektronisk handel
Jon Christian Thaulow NOK 213,-
- 4/03 The Law of Electronic Agents. Legal contributions to ALFEBIITE –
A Logical Framework for Ethical Behaviour between Infohabitants
in the Information Trading Economy of the Universal Information
Ecosystem, IST-1999-10298
Jon Bing and Giovanni Sartor (eds) NOK 351,-
- 5/03 LEA 2003: The Law and Electronic Agents Proceedings of the
Second LEA Workshop, 24th June 2003, in connection with the
ICAIL 2003 Conference (Ninth International Conference on Artificial
Intelligence and Law), Edinburgh, Scotland, UK
Seminarrapport NOK 228,-
- 6/03 Opphavsrettslige aspekter ved nettbasert formidling av musikk
Stig Walle NOK 153,-
- 7/03 Sceneinstruktørens opphavsrettslige stilling
Edle Endresen NOK 119,-

- 8/03 User-Centred Privacy Aspects In Connection With Location Based Services
Christian B. Hauknes..... NOK 203,-

2002

- 1/02 Koblingshandel og forholdet til fysisk og teknologisk integrasjon i relasjon til EØS-avtalens art.54(d)
Ole Jacob Garder..... NOK 180,-
- 2/02 To opphavsrettslige arbeider:
Bjarte Aambø – Opphavsrettslige rettsmangler
Erlend Ringnes Efskind – Skjermbildets rettslige natur
Aambø / Ringnes Efskind..... NOK 201,-
- 3/02 Arbeidstakeroppfinnelser ved universiteter og høyskoler. Innstilling fra et utvalg oppnevnt av universitets- og høyskolerådet 31 januar 2000. Avgitt til universitets- og høyskolerådet i oktober 2001
..... NOK 213,-
- 4/02 Utøvende kunstneres direkteoverføringer på Internett – med hovedvekt på kringkastingsbegrepet
Irina Eidsvold Tøien NOK 225,-
- 5/02 Administrasjon av radiofrekvensspekteret. Rettslige problemstillinger knyttet til telemyndighetenes forvaltning av frekvensressursene
Øyvind Haugen NOK 177,-
- 6/02 Overføring av personopplysninger til tredjeland. Kravet til tilstrekkelig beskyttelse etter EU-direktivet om personvern art. 25
Mona Naomi Lintvedt og Christopher J. Helgeby..... NOK 198,-
- 7/02 Digitale mellomledds ansvar for videreformidling av ytringer. E-handelsdirektivet art. 12-14
Just Balstad..... NOK 186,-
- 8/02 Platekontrakten. Eksklusive overdragelser av utøverens rettigheter til eksemplarframstilling og spredning
Øyvind Berge..... NOK 237,-
- 9/02 Varemerkerettslige konflikter under .no. I hvilken grad kan registrering og bruk av et domenenavn medføre inngrep i en

6 Rett og rimelighet i moralsk belysning – og andre grunnproblemer i norsk rettsliv

- varemerkerett? Hvordan løses konflikter under .no i dag, og hva kan være en mer hensiktsmessig tvisteløsningsmekanisme i fremtiden?
Silje Johannessen..... NOK 192,-
- 10/02 Vegard Hagen – Pakeransvar. Spørsmålet om ansvar for publisering av pekere på verdensveven (World Wide Web)
Hans Marius Graasvold – Pakeransvaret. Straffe- og erstatningsansvar for publisering av pekere til informasjon på Internett
Vegard Hagen / Martin Grasvold..... NOK 234,-
- 11/02 Personopplysningsloven § 7. En analyse av forholdet mellom personvern og ytringsfrihet slik det er uttrykt i personopplysningsloven § 7
Karen Elise Haug Aronsen..... NOK 198,-
- 12/02 Databasevern. Sui generis-vern av sammenstillinger etter gjennomføringen av databasedirektivet i åndsverkloven § 43
Lisa Vogt Lorentzen..... NOK 210,-

2001

- 1/01 Internet and Choice-of-Law – The International Sale of Digitised Products through the Internet in a European Context
Peter Lenda..... NOK 275,-
- 2/01 Internet Domain Names and Trademarks
Tonje Røste Gulliksen..... NOK 227,-
- 3/01 Internasjonal jurisdiksjon ved elektronisk handel – med Luganokonvensjonen art 5 (5) og elektroniske agenter som eksempel
Joakim S. T. Øren..... NOK 204,-
- 4/01 Legal issues of maritime virtual organisations
Emily M. Weitzenböck..... NOK 164,-
- 5/01 Cyberspace jurisdiction in the U.S. – The International Dimension of Due Process
Henrik Spang-Hanssen..... NOK 685,-

- 6/01 Norwegian border control in a Europe without Internal Frontiers
– Implications for Data Protection and civil liberties
Stephen Kabera Karanja..... NOK 252,-

2000

- 1/00 Klassikervernet i norsk åndsrett
Anne Beth Lange NOK 268,-
- 2/00 Adgangen til å benytte personopplysninger. Med vekt på det
opprinnelige behandlingsformålet som begrensningsfaktor
Claude A. Lenth..... NOK 248,-
- 3/00 Innsyn i personopplysninger i elektroniske markedsplasser.
Line Coll..... NOK 148,-

1999

- 1/99 International regulation and protection of Internet domain and
trademarks
Tonje Røste Gulliksen..... NOK 248,-
- 2/99 Betaling via Internett
Camilla Julie Wollan..... NOK 268,-
- 3/99 Internett og jurisdiksjon
Andreas Frølich Fuglesang & Georg Philip Krog..... NOK 198,-

1998

- 1/98 Fotografiske verk og fotografiske bilder, åndsverkloven § 1 og § 43 a
Johan Krabbe-Knudsen..... NOK 198,-
- 2/98 Straffbar hacking, straffelovens § 145 annet ledd
Guru Wanda Wanvik..... NOK 238,-
- 3/98 Interconnection – the obligation to interconnect telecommunications
networks under EC law
Katinka Mahieu NOK 198,-

1997

- 1/97 Eksemplarframstilling av litterære verk til privat bruk
Therese Steen NOK 158.-
- 2/97 Offentlige anskaffelser av informasjonsteknologi
Camilla Sivesind Tokvam NOK 175.-
- 3/97 Rettslige spørsmål knyttet til Oppgaveregisteret
Eiliv Berge Madsen NOK 170.-
- 4/97 Private pengespill på Internett
Halvor Manshaus NOK 160.-
- 5/97 Normative Structures in Natural and Artificial Systems
Christen Krogh NOK 255.-
- 6/97 Rettslige aspekter ved digital kringkasting
Jon Bing NOK 178.-
- 7/97 Elektronisk informasjonsansvar
Tomas Myrbostad NOK 148.-
- 8/97 Avtalelisens etter åndsverksloven § 36
Ingrid Mauritzen NOK 120.-
- 9/97 Krav til systemer for forvaltning av immaterielle rettigheter
Svein Engebretsen NOK 168.-
- 10/97 American Telephony: 120 Years on the Road to Full-blown Competition
Jason A. Hoida NOK 140.-
- 11/97 Rettslig vern av databaser
Harald Chr Bjelke NOK 358.-

1996

- 1/96 Innsynsrett i elektronisk post i offentlig forvaltning
Knut Magnar Aanestad og Tormod S. Johansen NOK 218.-
- 2/96 Public Policy and Legal regulation of the Information Market in the Digital Network Environment
Stephen John Saxby NOK 238.-

- 3/96 Opplysning på spill
Ellen Lange..... NOK 218.-
- 4/96 Personvern og overføring av personopplysninger til utlandet
Eva I. E. Jarbekk NOK 198.-
- 5/96 Fjernarbeid
Henning Jakhell NOK 235.-
- 6/96 A Legal Advisory System Concerning Electronic Data Interchange
within the European Community
Andreas Mitrakas..... NOK 128.-
- 7/96 Elektronisk publisering: Utvalgte rettslige aspekter
Jon Bing og Ole E. Tokvam NOK 186.-
- 8/96 Fjernsynsovervåking og personvern
Finn-Øyvind H. Langfjell..... NOK 138.-

1995

- 1/95 Rettslige konsekvenser av digitalisering: Rettighetsadministrasjon og
redaktøransvar i digitale nett
Jon Bing..... NOK 368.-
- 2/95 Rettslige spørsmål i forbindelse med utvikling og bruk av standarder
innen telekommunikasjon
Sverre Sandvik NOK 178.-
- 3/95 Legal Expert Systems: Discussion of Theoretical Assumptions
Tina Smith NOK 278.-
- 4/95 Personvern og straffeansvar – straffelovens § 390
Ole Tokvam..... NOK 198.-
- 5/95 Juridisk utredning om filmen «To mistenkelige personer»
Johs. Andenæs NOK 138.-
- 6/95 Public Administration and Information Technology
Jon Bing and Dag Wiese Schartum NOK 348.-
- 7/95 Law and Liberty in the Computer Age
Vittorio Frosini NOK 158.-

1994

- 1/94 Deon'94, Second International Workshop on Deontic Logic in
Computer Science
Andrew J. I. Jones & Mark Sergot (ed) NOK 358.-
- 2/94 Film og videogramrett. TERESA (60)
Beate Jacobsen NOK 318.-
- 3/94 Elektronisk datutveksling i tollforvaltningen – Rettslige spørsmål
knyttet til TVINN
Rolf Risnæs NOK 225.-
- 4/94 Sykepenger og personvern – Noen problemstillinger knyttet til
behandlingen av sykepenger i Infotrygd
Mari Bø Haugstad NOK 148.-
- 5/94 EØS, medier og offentlighet. TERESA (103)
Mads Andenæs, Rolf Høyer og Nils Risvand NOK 148.-
- 6/94 Offentlige informasjonstjenester: Rettslige aspekter
Jon Bing NOK 148.-
- 7/94 Sattelittfjernsyn og norsk rett. MERETE (3) IV
Nils Eivind Risvand NOK 138.-
- 8/94 Videogram på forespørsel. MERETE (14) IV
Beate Jacobsen (red) NOK 158.-
- 9/94 «Reverse engineering» av datamaskinprogrammer. TERESA (92) IV
Bjørn Bjerke NOK 198.-
- 10/94 Skattemessig behandling av utgifter til anskaffelse av
datamaskinprogrammer. TERESA (75)
Gjert Melsom NOK 198.-

1993

- 1/93 Artificial Intelligence and Law. Legal Philosophy and Legal Theory
Giovanni Sartor NOK 148.-
- 2/93 Erstatningsansvar for informasjonstjenester, særlig ved databaseydelser
Connie Smidt NOK 138.-

- 3/93 Personvern i digitale telenett
Ingvild Hanssen-Bauer..... NOK 178.-
- 4/93 Consumers Purchases through Telecommunications in Europe. –
Application of private international law to cross-border contractual
disputes
Joachim Benno..... NOK 198.-
- 5/93 Four essays on: Computers and Information Technology Law
Morten S. Hagedal..... NOK 218.-
- 6/93 Sendetidsfordeling i nærradio MERETE (3) III
Marianne Rytter Evensen..... NOK 148.-
- 7/93 Essays on Law and Artificial Intelligence
Richard Susskind NOK 158.-

1992

- 1/92 Avskriving av mikrodatamaskiner med tilbehør – en nordisk studie
TERESA (87)
Beate Hesseltvedt..... NOK 138.-
- 2/92 Kringkastingsbegrepet TERESA (78)
Nils Kr. Einstabland..... NOK 208.-
- 3/92 Rettskilderegistre i Helsedirektoratet NORIS (94) I & II
Maria Strøm..... NOK 228.-
- 4/92 Softwarepatent – Imaterialrettens enfant terrible. En redegjørelse
for patenteringen af softwarerelaterede opfindelser i amerikansk og
europæisk ret
Ditlev Schwanenfügel..... NOK 158.-
- 5/92 Abonnementskontrakter fro kabelfjernsyn TERESA (78II)
Lars Borchgrevink Grindal..... NOK 248.-
- 6/92 Implementing EDI – a proposal for regulatory form
Rolf Riisnæs..... NOK 118.-
- 7/92 Deponering av kildekode«escrow»-klausuler TERESA (79)
Morten S. Hagedal..... NOK 128.-

12	Rett og rimelighet i moralsk belysning – og andre grunnproblemer i norsk rettsliv	
8/92	EDB i juridisk undervisning – med en reiserapport fra England og USA	
	<i>Ola-Kristian Hoff</i>	NOK 228.-
9/92	Universiteters ansvar for bruk av datanett TERESA (94)	
	<i>Jon Bing & Dag Elgesem</i>	NOK 198.-
10/92	Rettslige sider ved teletorg	
	<i>Andreas Galtung</i>	NOK 148.-

BESTILLING

Jeg bestiller herved følgende Complex-utgivelser:

Nummer / årgang: _____

Tittel: _____

Nummer / årgang: _____

Tittel: _____

Nummer / årgang: _____

Tittel: _____

Nummer / årgang: _____

Tittel: _____

Nummer / årgang: _____

Tittel: _____

Navn: _____

Adresse: _____

Postadresse: _____

Telefon: _____

Bestillingsskjemaet sendes pr.post eller telefaks til:

akademika

Avd. juridisk litteratur Aulabygningen

Karl Johansgt. 47, 0162 Oslo

Telefon: 22 42 54 50

Telefaks: 22 41 17 08

Complex kan også bestilles via nettbokhandelen www.akademika.no

